

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL



TESIS DOCTORAL

Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Santiago Senent Martínez

Directora

Juana Pulgar Ezquerro

Madrid, 2015

TESIS DOCTORAL
EXONERACION DEL PASIVO INSATISFECHO Y
CONCURSO DE ACREEDORES

POR
SANTIAGO SENENT MARTÍNEZ



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Mercantil

DIRECTORA: D^a. JUANA PULGAR EZQUERRA (CATEDRÁTICO DE
DERECHO MERCANTIL DE LA UCM)

Madrid, diciembre de 2013

A Meli, mi mujer, y a Laura y Marta, mis hijas, por su paciencia, comprensión y generosidad.

INDICE

EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO Y CONCURSO DE ACREEDORES

INDICE.....	5
ABREVIATURAS	13
INTRODUCCIÓN	21
INTRODUCTION	29
PARTE PRIMERA	37
CONSIDERACIONES DE POLÍTICA JURÍDICA: FINES DEL CONCURSO DE ACREEDORES Y PRESTACIONES DEL ESTADO SOCIAL DEL BIENESTAR.....	37
PARTE SEGUNDA.....	63
LOS MECANISMOS IMPROPIOS DE EXONERACION DEL PASIVO INSATISFECHO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES.....	63
I.- EL CONVENIO COMO MECANISMO IMPROPIO DE “DISCHARGE” DE PERSONAS FÍSICAS Y JURÍDICAS	63
1.- CONCEPTO, NATURALEZA Y FINALIDAD DEL CONVENIO CONCURSAL.....	63
2.- TRAMITACIÓN DEL CONVENIO: PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO Y TRAMITACIÓN ORDINARIA	80
3.- REQUISITOS FORMALES DE LA PROPUESTA DE CONVENIO	86
4.- EL CONTENIDO DEL CONVENIO	88
4.1.- Los modos de arreglo del pasivo: las quitas y/o esperas.....	88
4.2.- El contenido potestativo del convenio.....	105
A) La asunción de la actividad y el pasivo de la concursada: El convenio de asunción	105

B) Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como contenido del convenio	109
4.3.- El contenido alternativo del convenio: la capitalización de créditos y el ejercicio del derecho de opción	112
4.4.- La liquidación como contenido prohibido del convenio	118
5.- LA EFICACIA DEL CONVENIO: LA NOVACIÓN DE LAS OBLIGACIONES	122
5.1.- La aprobación judicial del convenio	122
5.2.- Momento de adquisición de la eficacia: Eficacia total y parcial	131
5.3.- El cese de los efectos de la declaración del concurso	132
5.4.- Ámbito subjetivo de eficacia del convenio concursal	137
5.5.- Exoneración del pasivo y eficacia novatoria del convenio	148
6.- EL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO Y LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL	152
6.1.- El condicionamiento de la eficacia novatoria del convenio a su cumplimiento	152
6.2.- La ineficacia del convenio judicialmente aprobado: su nulidad y su eficacia sobre la exoneración convencional del pasivo	154
6.3.- La declaración de incumplimiento del convenio	157
6.4.- Conclusión del concurso por resolución judicial que declara el cumplimiento del convenio: la “exoneración impropia del pasivo”	165
II EXTINCIÓN DE PERSONA JURÍDICA Y CONCLUSION DEL CONCURSO CON PASIVO INSATISFECHO	170
1.- LA LEY DE REFORMA 38/2011 Y EL REPLANTEAMIENTO DE LAS CAUSAS DE CONCLUSIÓN DEL CONCURSO	170
2. LA TIPOLOGÍA DE LAS CAUSAS DE CONCLUSIÓN	172
2.1.- La realización de las soluciones típicas del concurso	172
2.2.- La inexistencia de presupuesto para la declaración del concurso	173
2.3.- Causas “anómalas” de conclusión del concurso	175

2.4.- Inexistencia e insuficiencia de bienes y concurso: La función del patrimonio en el concurso	178
3.- LA CONCLUSIÓN DE LA FASE DE LIQUIDACION	190
4.- LAS PARTICULARIDADES DE LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO POR INSUFICIENCIA DE MASA ACTIVA	192
4.1.- Concurso sin masa y costes del concurso	195
4.1.1.- Abogado, procurador y administrador concursal	196
4.1.2.- Tasas judiciales	198
4.2.- Conclusión de oficio y conclusión a instancias de la administración concursal.....	201
5.- EFECTOS DE LA CONCLUSIÓN DE CONCURSO CON PASIVO INSATISFECHO	208
5.1.- Los efectos de la conclusión del concurso	208
5.2.- La subsistencia del principio de responsabilidad patrimonial	209
5.3.- La extinción de la persona jurídica y su función de mecanismo impropio de liberación de deudas	214
5.4.- El proyectado procedimiento societario de liquidación de sociedades sin activo	221
6.- LA REAPERTURA DEL CONCURSO COMO INSTRUMENTO COMPLEMENTARIO DE REINTEGRACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA MASA ACTIVA	224
PARTE TERCERA.....	233
MECANISMOS PROPIOS DE EXONERACION DE PASIVO INSATISFECHO EN EL CONCURSO: LA “DISCHARGE”	233
I FUNDAMENTOS DE POLÍTICA JURÍDICA DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO O “DISCHARGE”	233
II INICIATIVAS INTERNACIONALES EN RELACIÓN A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO EN SITUACIONES DE INSOLVENCIA	239
1.- GUÍA LEGISLATIVA DE UNCITRAL SOBRE EL RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA	239

2.- DRAFT DEL BANCO MUNDIAL DE OCTUBRE DE 2012 DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS FÍSICAS	248
3.- INICIATIVAS EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA	252
III LOS MODELOS DE EXONERACIÓN CONCURSAL DE PASIVO EN EL MARCO DEL DERECHO COMPARADO.....	260
1.- PROCEDIMIENTOS DE DISCHARGE EN LOS ESTADOS UNIDOS .	260
1.1.- El fundamento norteamericano de la “ <i>discharge</i> ”: “ <i>fresh start</i> ” y “ <i>second chance</i> ”	260
1.2.- “Liquidation” del “chapter 7” del Bankruptcy Code	264
1.3.- El procedimiento de “Adjustment of debts” ex “chapter 13”	267
1.4.- La reforma norteamericana de 2005: Aspectos críticos	269
2.- LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO DEL DEUDOR EMPRESARIO Y CONSUMIDOR EN EL MODELO FRANCES	274
2.1.- Sobreendeudamiento de consumidor y liberación de deudas.....	277
2.2.- La exoneración de deudas en el marco de comerciantes, artesanos, agricultores y profesionales independientes	283
3.- EL MODELO ITALIANO DE EXONERACIÓN EMPRESARIAL DE RESPONSABILIDAD Y TRATAMIENTO ESPECÍFICO DEL CONSUMIDOR.....	291
3.1.- Ámbito subjetivo de la exoneración de deudas en derecho italiano	292
3.2.- Requisitos de la liberación de deudas en el derecho italiano: el test de “ <i>esdebitazione</i> ”	297
3.3.- Ámbito material de la liberación de deudas	301
3.4.- Los efectos de la liberación de deudas.....	303
3.5.- La liberación de deudas de las personas físicas no comerciantes	306
4.- LA EXONERACIÓN “PROGRESIVA” Y “ESCALONADA” DE DEUDAS EN EL MODELO ALEMÁN: “TEST DE DISCHARGE Y PERIODO DE BUENA CONDUCTA”	311
4.1.- La exoneración de deudas de consumidores y comerciantes: trámite y presupuestos	311

4.2.- Reconocimiento provisional y periodo de buena conducta	320
4.3.- Liberación definitiva. Efectos	324
4.4.- La “ <i>Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte</i> ” de 15 de julio de 2013.	327
5.- LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO EN EL DERECHO PORTUGUÉS.....	330
5.1.- Solicitud de exoneración: Trámites, presupuestos objetivos y subjetivos	330
5.2.- Resolución inicial: Efectos, la cesión de rentas	337
5.3.- Conclusión anticipada del proceso de exoneración	344
5.4.- La resolución final: Efectos de la exoneración definitiva y su revocación.....	346
6.- EL MODELO BELGA DE EXONERACIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y COMERCIANTES	348
6.1.- La exoneración de deudas de los consumidores: el acuerdo colectivo de deudas.....	349
6.2.- La exoneración de deudas de los consumidores	352
6.3.- La exoneración de deudas de los comerciantes individuales	353
IV LA PROBLEMÁTICA DEL CONCURSO DE LA PERSONA FÍSICA Y EL MODELO ESPAÑOL	356
1.- EL CONCURSO DE LA PERSONA FÍSICA	356
1.1 El principio de unidad subjetiva	356
1.2.- Diversas tipologías	359
A) El concurso del empresario individual.....	359
B) El concurso del administrador societario.....	360
C) El concurso del consumidor.....	361
D) El concurso de personas casadas	361
E) El concurso de los menores e incapaces.....	362
2.- EL PRESUPUESTO OBJETIVO DEL CONCURSO DE LA PERSONA FÍSICA.....	362

3.- LA PREVENCIÓN DEL SOBREENDEUDAMIENTO	366
4.- LAS CARENCIAS DEL CONCURSO DE ACREEDORES PARA RESOLVER LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA	370
5.- PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.....	377
6.- LA RESPUESTA JUDICIAL A LA INEXISTENCIA DE MECANISMOS EXONERATORIOS DE LA PERSONA FÍSICA	382
7.- LA INEMBARGABILIDAD DE BIENES Y DERECHOS DEL DEUDOR COMO MEDIDA PROTECTORA DE SU PATRIMONIO Y GARANTIZADORA DE UN MÍNIMO DE SUBSISTENCIA.....	386
8.- SOBREENDEUDAMIENTO HIPOTECARIO, DACIÓN EN PAGO Y LIBERACIÓN DE DEUDA GARANTIZADA	400
9.- LA PROGRESIVA IMPLANTACIÓN DE “DISCHARGES” SECTORIALES EN EL MODELO ESPAÑOL: LA “DISCHARGE” PARCIAL DEL ART. 579 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL	416
10.- ACUERDOS EXTRAJUDICIALES E INSTITUCIONES PRECONCURSALES	421
10.1.- La posibilidad de acudir a mecanismos extraconcursoales de refinanciación	421
10.2.- El acuerdo extrajudicial de pagos.....	426
PARTE CUARTA.....	441
EL MODELO ESPAÑOL DE EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO	441
I LA NECESIDAD DE INTRODUCCIÓN DE LA “DISCHARGE” O EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO DE LA PERSONA FÍSICA	441
1.- EL RIESGO DE DEUDORES OPORTUNISTAS	444
2.- EL IMPACTO EN EL SISTEMA FINANCIERO Y EL ENCARECIMIENTO DEL CRÉDITO	445
3.- EL RIESGO DE DESINCENTIVACIÓN DE LAS FÓRMULAS CONVENCIONALES	447
4.- EL “IMPREVISIBLE EFECTO LLAMADA” DE LOS MECANISMOS EXONERATORIOS DE RESPONSABILIDAD	448
5.- PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.....	449

II EL MODELO ESPAÑOL DE EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO	457
1.- LA COEXISTENCIA DE MECANISMOS EXONERATORIOS PARA PERSONAS FÍSICAS Y EMPRESARIOS.....	457
2.- PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA EXONERACIÓN DE DEUDAS	466
2.1.- Los créditos que han de ser satisfechos.....	466
2.2.- Créditos de cuestionable inclusión: Deudas de alimentos y responsabilidad extracontractual	468
2.3.- La problemática de los créditos públicos: Su cuestionable tratamiento diferenciado	470
3.- PROCEDIMIENTO	473
4.- EFECTOS DE LA EXONERACIÓN: LA PROBLEMÁTICA DE LOS DEUDORES SOLIDARIOS, GARANTES Y AVALISTAS.....	476
5.- VALORACIÓN CRÍTICA.....	482
CONCLUSIONES	485
BIBLIOGRAFIA	499

ABREVIATURAS

AA VV = Autores Varios

AAP = Auto de la Audiencia Provincial

ADC = Anuario de Derecho Civil

ADCo = Anuario de Derecho Concursal

AEAT = Agencia Estatal de la Administración Tributaria

AEB = Asociación Española de Banca Privada

AJM = Auto del Juzgado Mercantil

AO = Abgabenordnung (Código Fiscal alemán)

AP = Audiencia Provincial

apdo. = apartado

art. (arts.) = artículo(s)

ATC = Auto del Tribunal Constitucional

ATS = Auto del Tribunal Supremo

BGB = Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)

BGH = Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo alemán)

BOCG = Boletín Oficial de las Cortes Generales

BOE = Boletín Oficial del Estado

BORME = Boletín Oficial del Registro Mercantil

C Civile = Código civil italiano

C. Comm = Code de Commerce (Código francés de comercio)

C. Consom = Code de Consommation (Código francés de consumidores)

C. jud = Code Judiciaire (Código Judicial belga)

Cap = Capítulo

CBE = Circular del Banco de España

CC = Código Civil

CC AA = Comunidades Autónomas

CCom = Código de Comercio

CE = Constitución Española/Comunidad Europea

CEE = Comunidad Económica Europea

CENDOJ = Centro de Documentación Judicial

CES = Comité Económico y Social

cfr. = Confróntese

CGPJ = Consejo General del Poder Judicial

CIRE = Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (Código de insolvencias portugués)

cit. = citado

CL = Colección Legislativa

CNMV = Comisión Nacional del Mercado de Valores

Com = Comunicación

Coord. = Coordinador

CP = Código Penal

CPC = Codice di procedura civile (Código italiano de procedimiento civil)

D. = Decreto

DGRN = Dirección General de los Registros y del Notariado

Dir. = Director

Direcc. = Dirección

disp. adic. = Disposición adicional

disp. final = Disposición final

disp. transit. = Disposición transitoria

DOCE = Diario Oficial de las Comunidades Europeas

DOUE = Diario Oficial de la Unión Europea

Ed. = Edición

Edit. = Editorial

EJB = Enciclopedia Jurídica Básica

ERE = Expediente de Regulación de Empleo

ET = Estatuto de los Trabajadores

Exp. Motivos = Exposición de Motivos

Ibídem = En el mismo lugar

Infra= Debajo de

InsO = Insolvenzordnung (Ley de Insolvencia alemana)

IPREM = Indicador Público de Renta a Efectos Múltiples

IRPF = Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

IVA = Impuesto sobre el Valor Añadido

JM = Juzgado Mercantil

JPI = Juzgado de Primera Instancia

L = Ley

L Fall = Legge Fallimentare (Ley de italiana de quiebras)

LAU = Ley de Arrendamientos de Urbanos

LCC = Ley de Crédito al Consumo

LCCH = Ley Cambiaria y del Cheque

LC = Ley Concursal

LCS = Ley del Contrato de Seguro

LECiv = Ley de Enjuiciamiento Civil

LECrim = Ley de Enjuiciamiento Criminal

LGP = Ley General Presupuestaria

LGSS = Ley General de la Seguridad Social

LGT = Ley General Tributaria

LH = Ley Hipotecaria

Lib. = Libro

LIRPF = Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

LME = Ley de Modificaciones Estructurales

LMH = Ley del Mercado Hipotecario

LMV = Ley del Mercado de Valores

LO = Ley Orgánica

LOPJ = Ley Orgánica del Poder Judicial

LORC = Ley Orgánica para la Reforma Concursal

LOSSP = Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados

LOTC = Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

LPH = Ley de Propiedad Horizontal

LPL = Ley de Procedimiento Laboral

LRC = Ley del Registro Civil

LRLC = Ley de Reforma de la Ley Concursal

LSA = Ley de Sociedades Anónimas

LSC = Ley de Sociedades de Capital

LSP = Ley de Suspensión de Pagos

LSRL = Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada

Nº = número

O = Orden

OM = Orden Ministerial

ONU = Organización de las Naciones Unidas

op. cit. = en la obra citada

p. ej. = por ejemplo

párr. = párrafo

pág. = página

Prof. = Profesor

RAE = Real Academia Española de la Lengua

RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

RD = Real Decreto

RDBB = Revista de Derecho Bancario y Bursátil

RcP = Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal

RDGRN = Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

RDLeg = Real Decreto Legislativo

RDL = Real Decreto-ley

RDM = Revista de Derecho Mercantil

RDN = Revista de Derecho Notarial

RDP = Revista de Derecho Privado

RDPat = Revista de Derecho Patrimonial

RdS = Revista de Derecho de Sociedades

Rec. = Recurso

REFOR = Registro de Economistas Forenses

Regl. = Reglamento

Res. = Resolución

RGD = Revista General de Derecho

RH = Reglamento Hipotecario

RI = Reglamento comunitario regulador de los Procedimientos de Insolvencia

RJ = Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi

RJC = Revista Jurídica de Cataluña

RM = Registro Mercantil

Rnot = Reglamento Notarial

RPJ = Revista poder Judicial

RRM = Reglamento del Registro Mercantil

SA= Sociedad Anónima

SAN = Sentencia de la Audiencia Nacional

SAP = Sentencia de la Audiencia Provincial

Secc. = Sección

SJM = Sentencia del Juzgado Mercantil

SMI = Salario Mínimo Interprofesional

SRL= Sociedad de Responsabilidad Limitada

ss. = siguientes

STC = Sentencia del Tribunal Constitucional

STCJ = Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción

StGB = Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)

STJCE = Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas

STS = Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ = Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

sup. = Suplemento

Supra= Encima de

t. = Tomo

TC = Tribunal Constitucional

TCJ = Tribunal de Conflictos de Jurisdicción

TEDH = Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TGSS = Tesorería General de la Seguridad Social

Tít. = Título

TJCE = Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TJUE = Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TRLGDCU = Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

TRLGSS = Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

TRLSC = Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital

TS = Tribunal Supremo

TSJ = Tribunal Superior de Justicia

UE = Unión Europea

UNCITRAL/CNUDMI = Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional del Comercio

UNED = Universidad Nacional de Educación a Distancia

US Code = Código Federal de los Estados Unidos de Norteamérica

V. = Véase

v. gr. = verbi gratia

vid. = Véase

vol. = Volumen

INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene por objeto analizar los diversos supuestos en virtud de los cuales el deudor no solo va a resultar exonerado del pasivo concursal a la conclusión del concurso de acreedores, sino que, aunque *“retorne a mejor fortuna”* la satisfacción de dicho pasivo no va a poder ser exigido, produciéndose así una exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso.

El tema conecta de manera directa con el significado y función encomendada al concurso de acreedores dentro del sistema socio-económico, e incide en la composición de intereses privados y públicos afectados por la insolvencia. Ello nos lleva, por un lado, a analizar cuáles son los fines de política jurídica encomendados al concurso de acreedores y su conexión con las prestaciones del estado social del bienestar; de otro, al estudio detallado de cada uno de los mecanismos jurídicos que producen el efecto de la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso.

Este planteamiento obliga, en primer lugar, a analizar la finalidad a la que históricamente han servido los institutos concursales desde la perspectiva del derecho comparado. Esa evolución parte del método de mercado, que se corresponde con un marco económico propio del siglo XIX inserto en el sistema de economía de mercado, situándose su finalidad en la liquidación del patrimonio del deudor para pagar con su resultado a los acreedores, expulsando del mercado a las empresas no competitivas; posteriormente se produce una evolución hacia el método gubernativo que persigue la resolución de los intereses implicados mediante un plan que modifique la estructura crediticia de la empresa y permita su continuidad o su transmisión, configurándose un método especial, administrativizado y conservativo. Este proceso culmina con la adopción de un sistema mixto, en virtud del cual se conjuga la finalidad solutoria del concurso, con la finalidad conservativa, sin olvidar la introducción, en relación a la solución de la insolvencia de la persona

física, de nuevas fórmulas dirigidas a la recuperación del deudor para la vida económica, evitando su exclusión social.

En este contexto, en el modelo español el concurso de acreedores tiene asignada una finalidad esencialmente solutoria, constituyendo su presupuesto objetivo la insolvencia del deudor común, entendida como la imposibilidad del deudor de cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles. El concurso de acreedores se erige, así, como el instrumento diseñado por el legislador para proceder al pago ordenado de los créditos por el deudor insolvente, sometiéndose a este procedimiento tanto el deudor persona física, como el deudor persona jurídica, sea o no comerciante, permitiendo al concursado por este medio superar su situación de insolvencia.

No obstante esa función solutoria del concurso, es frecuente que a la conclusión del proceso concursal no se hayan satisfecho la totalidad de las deudas del concursado, ni pueda ser exigido esa pasivo insatisfecho al deudor tras la conclusión del concurso. Este efecto se produce a través de diversos mecanismos jurídicos, que conectan con algunas de las finalidades asignadas al proceso concursal y que pueden agruparse en dos grandes bloques que engloban lo que denominaremos mecanismos impropios y propios de exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso por mandato legal.

Estos mecanismos propios de exoneración del pasivo pueden tener por objeto la exoneración del pasivo insatisfecho por el deudor en caso de insolvencia, con independencia de que la consientan o no los acreedores, pues la liberación o exoneración de la deudas tiene su fundamento directamente en la Ley. Estos mecanismos propios de exoneración de deudas, en terminología anglosajona “*discharge*”, se configuran legalmente en la generalidad de las legislaciones de nuestro entorno jurídico europeo y norteamericano en beneficio del deudor persona física y que solo recientemente se han introducido en nuestro modelo. Otros mecanismos, a los que denominaremos “*mecanismos impropios de exoneración del pasivo insatisfecho*” también producen un efecto equivalente de exoneración del pasivo insatisfecho, ya sea en un modo indirecto, como es el caso de la extinción de la persona jurídica en caso de conclusión de concurso con pasivo insatisfecho, o en virtud de un

instituto jurídico distinto a la “*discharge*”, como es el convenio concursal con quita, que sobre la base de un sustrato negocial, produce un efecto novatorio sobre la deuda originaria.

En relación al convenio se analiza su finalidad desde una perspectiva histórica y de derecho comparado, su naturaleza y sus características principales. Todo ello en el marco de las diversas modalidades de propuesta de convenio, requisitos formales y tramitación en nuestro derecho, aún cuando centrando el estudio especialmente en el contenido obligatorio y potestativo del convenio y los efectos que en el ámbito objetivo y subjetivo produce la aceptación y cumplimiento del convenio, en conexión con el efecto novatorio que, al final del proceso concursal, el convenio con quita produce en relación a la obligación preexistente. Ello se traduce en una exoneración parcial de la deuda insatisfecha que, como consecuencia de la declaración judicial de cumplimiento del convenio, llevará aparejada la conclusión del concurso y la remisión definitiva de la deuda insatisfecha a través del efecto de la novación, efecto que se produce para todo tipo de deudor, sea persona física o jurídica, sin atender a la buena o mala fe del mismo.

La conclusión del concurso de la persona jurídica con pasivo insatisfecho, tanto como consecuencia de la liquidación, como por causa de la insuficiencia de masa activa, también produce un efecto equivalente a una exoneración de la deuda subsistente. Este efecto exoneratorio se encuentra vinculado a la extinción de la personalidad ex art. 178.3 LC, que deriva de dicha conclusión, aún cuando en modo alguno el concurso es un procedimiento idóneo para liquidar sociedades sino patrimonios, y condicionado a la no aparición de nuevos bienes que determinen la reapertura del concurso. Su fundamento se encuentra en un efecto legal, la extinción de la sociedad, que, indirectamente, como consecuencia de la desaparición de la legitimación procesal, impedirá a sus acreedores reclamar judicialmente la deuda, extinción que se produce en el ámbito del concurso de acreedores ante la inexistencia de un procedimiento extraconcursal de cancelación registral de sociedades sin activos que, sin embargo, si se regula en la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

Por último se analizan los mecanismos legales de exoneración de deudas, como instrumento jurídico diseñado para liberar al deudor persona física de la deuda insatisfecha tras la conclusión de un procedimiento de insolvencia, atemperando el efecto que produce la responsabilidad patrimonial del deudor ex art. 1911 CC respecto de las deudas pretéritas. Todo ello conectado al reconocimiento del derecho del deudor de buena fe a un *"fresh start"*, que comporte un nuevo comienzo a través de la recuperación de su capacidad económica y de consumo, evitando su exclusión social. Estos mecanismos tradicionalmente no han sido regulados en nuestro derecho concursal en el que hasta una fecha reciente y forzada por las circunstancias económicas no se había producido un debate global sobre el tema. Este debate, sin embargo, sobre si se debe "exonerar" al deudor de parte de sus deudas en un escenario concursal y cuál sería el fundamento de ese "perdón" que conculcaría un principio básico contractual y es que las obligaciones deben ser cumplidas ex art. 1.091 CC, aconteció en Estados Unidos y se trasladó al Derecho Continental Europeo, en torno a los años 80/90 del pasado siglo, en el que se adoptó postura sobre si el sobreendeudamiento e insolvencia de la persona física constituiría un problema individual del deudor, que encontraría su tratamiento en el ámbito de los procedimientos concursales en los que se evolucionaría desde la doctrina de la *"muerte del débito"* (Reifner) a la *"discharge"* en el marco de las prestaciones del hoy maltrecho *"estado del bienestar"* (welfare state) (planteamiento norteamericano); o, de otro lado, si más bien constituiría un problema esencialmente contractual en el que habría de partirse, como se ha adelantado, de que las obligaciones han de ser cumplidas, habiendo sido éste el inicial planteamiento europeo en torno a los años 80/90, que no obstante posteriormente evolucionó hacia planteamientos próximos al Derecho Norteamericano, introduciéndose en países como Alemania, Francia e Italia mecanismos concursales de exoneración del pasivo insatisfecho.

Es cierto que la introducción de *"mecanismos exoneratorios"* constituyó uno de los principales objetivos encomendados a la sección especialmente constituida en el seno de la Comisión General de Codificación para la reforma concursal en 2009, que, sin embargo y pese a haberse redactado en dicha

comisión un texto completo sobre la materia, no prosperó por diversas razones y entre otras por la limitación de tiempo con que fue constituida dicha comisión. No obstante, se contenía en la Disposición Adicional Única de la Ley 38/2011, un mandato al Gobierno de remitir en el plazo de seis meses a las Cortes Generales un informe sobre la situación de personas físicas y familias, así como sobre la posible adopción de medidas tanto sustantivas como procesales, pudiendo proponerse soluciones extrajudiciales notariales o registrales, lo que sin embargo no llegó a cumplirse, excepción hecha del ámbito hipotecario. Ello no ha acontecido hasta la aprobación de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que entre otras reformas concursales ha introducido en nuestro Derecho mecanismos de exoneración del pasivo en ocasiones conectados al previo fracaso o imposibilidad de un acuerdo extrajudicial de pagos, como mecanismo preconcursal introducido también en virtud de la referida Ley.

Por ello, se hará un análisis de sus características principales y de las propuestas que en este ámbito se han hecho desde las Naciones Unidas, el Banco Mundial o la Unión Europea desde un método comparado, analizando la regulación de estos mecanismos en algunos países de nuestro entorno jurídico-económico. Todo ello en orden a valorar las ventajas e inconvenientes de la introducción de este instrumento jurídico en nuestro proceso concursal a la vista de las carencias actuales del concurso de acreedores para dar respuesta a los problemas que plantea la insolvencia de las personas físicas, diferenciándolo de otras figuras con las que guarda cierta relación, como la inembargabilidad de bienes y derechos, pero que responden a una finalidad distinta.

Con base a lo expuesto, el estudio se desarrolla en cuatro partes. En la primera se realizan una serie de consideraciones generales de política jurídica acerca de la finalidad del concurso de acreedores no solo solutoria, sino también dirigida a la conservación de la continuidad de la actividad económica desarrollada por el deudor concursado e incluso a la superación definitiva de la situación de insolvencia del deudor, todo ello en conexión con los principios y prestaciones del Estado social del bienestar.

En la segunda parte, dividida a su vez en dos capítulos, se analizan lo que hemos denominado mecanismos impropios de exoneración de pasivo insatisfecho en el concurso.

El primero de los capítulos se dedica al convenio, siendo objeto de estudio su concepto, finalidad y naturaleza, analizando su evolución histórica y los diversos sistemas de derecho comparado; su tramitación, tanto de la propuesta anticipada, como de la ordinaria; sus requisitos formales; su contenido, especialmente las quitas y esperas, como contenido ordinario del convenio, y su eficacia; todo ello en orden al análisis del efecto que la declaración judicial de cumplimiento del convenio y la conclusión del concurso producen por medio de la novación de las obligaciones preexistentes.

En el segundo capítulo se persigue analizar la extinción de la persona jurídica como consecuencia de la conclusión del concurso (mecanismo impropio exoneratorio), analizándose las distintas causas de conclusión y los efectos que cada una de ellas producen, centrándose en las consecuencias que produce la extinción de la persona jurídica, vinculada a la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho, bien sea como consecuencia de la conclusión de la fase de liquidación, bien por insuficiencia de masa activa. En este ámbito se estudia la relación que existe entre la extinción de la personalidad y la falta de legitimación para ser demandada y, en consecuencia, para reclamar la deuda insatisfecha por parte de los acreedores, con las limitaciones que se derivan del mecanismo de la reapertura del concurso, lo que llevará aparejado el efecto reflejo de la extinción de la deuda subsistente.

En la tercera parte se analizan los mecanismos propios de exoneración del pasivo insatisfecho, en terminología anglosajona "*discharge*", desde un método comparatista, no tanto en el intento de contrastar opciones de técnica jurídica, que pueden ser distintas, cuanto de analizar principios de política jurídica que confronten entre sí los diferentes modelos de derecho comparado. En este marco se aborda el estudio de la finalidad y características principales de los mecanismos exoneratorios, tanto desde el punto de vista doctrinal como desde la perspectiva de normativas jurídico-positivas de derecho comparado, deteniéndonos en los modelos de los derechos

norteamericano, francés, italiano, alemán, portugués y belga. A continuación se hace un estudio de las limitaciones específicas que plantea el concurso de las personas físicas y los problemas que plantea la subsistencia del principio de responsabilidad patrimonial universal ex art. 1911 CC, en orden a superar la situación de insolvencia del deudor de buena fe y su recuperación para la vida económica. Se revisa la normativa específica existente y la introducida recientemente para paliar el sobreendeudamiento del deudor. Así, se distingue la figura de la exoneración del pasivo insatisfecho de la inembargabilidad de bienes y derechos; se valora la posibilidad que tiene el deudor de acudir a los mecanismos de refinanciación previstos en la Disposición Adicional 4ª LC o al acuerdo extrajudicial de pagos regulado en el nuevo Título X de la Ley Concursal, tras la reforma operada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; así como las medidas específicas para la protección de los deudores hipotecarios.

En la cuarta parte, se analizan los mecanismos propios de exoneración de pasivo insatisfecho, introducidos en nuestro derecho en virtud de la reforma de la Ley Concursal 22/2003 por la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. En primer lugar se valoran las ventajas e inconvenientes de la regulación en nuestro derecho de un instrumento de exoneración de pasivo insatisfecho y del modelo de derecho comparado que consideramos sería más adecuado, valorando su ámbito subjetivo de aplicación, requisitos del “*test de discharge*” exigible a quien sea merecedor de tal beneficio, deudas excluidas, control y efectos. Por último, se hace un análisis crítico del modelo de exoneración de pasivo insatisfecho introducido en el art. 178.2 LC en virtud de la reforma operada por Ley 14/2013 de 27 de septiembre.

INTRODUCTION

This study will critically examine the range of conditions under which the debtor not only becomes relieved of liability as a result of bankruptcy, but is also exonerated of said debt, thus, even in the event of a *“return to better fortune”* a waiver remains over the previous unrecovered debts.

The subject matter directly connects with both the significance and inherent function of the bankruptcy process within the socioeconomic system, and its influence upon private and public interests affected by insolvency. This requires firstly an analysis of the purpose of legal policy applicable to insolvency, and its connection with the services of the welfare state, and secondly, the detailed study of each of the legal mechanisms which produce the effect of exoneration of unfulfilled liabilities in insolvency.

This approach requires, firstly, an analysis of the purpose for which insolvency institutions have historically served from a comparative law perspective. Insolvency legislation departs from the market approach which corresponds to its own economic framework embedded in the nineteenth century market economy system, reaching its end in the liquidation of the debtor's assets in order to pay its' creditors, driving non-competitive companies out of the market. Subsequently a move towards a governmental method has unfolded; one which seeks to resolve vested interests through a plan designed to amend the credit structure of the business and permit continuity and transition, constituting a special, administrative and conservative method. The process has culminated in the adoption of a mixed system whereby an imbursement objective combines with a conservative objective. Not forgetting, in relation to insolvency of the individual, the introduction of new formulas aimed at recuperating the economic viability of the debtor and avoiding social exclusion.

In this context, the creditors meeting in the Spanish model has essentially an imbursement purpose, comprised of the creditors' collective

financial objectives regarding the common debtor's insolvency, defined therein as the inability of the debtor to regularly meet financial obligations. The "*concurso de acreedores*" is the instrument designed by the legislator to proceed towards the orderly payment of claims by the insolvent debtor. By undergoing this procedure the individual debtor and corporate body alike, whether trading or not, may, via this form of insolvency, recover from their financial failure.

In spite of this payment in lieu insolvency strategy, it is often the case that the outcome of the bankruptcy proceeding does not satisfy all of the debts of the insolvent, neither may the unsatisfied liability be demanded after the conclusion of the procedure. This unfolds through various legal mechanisms which connect with some of the objectives assigned to the insolvency process and can be divided into two categories which encompass what this study calls improper and proper mechanisms for exemption from liability through the legally mandated exoneration of outstanding debts.

Such proper liability waiver mechanisms can serve to exempt the debtor of liability in the case of insolvency, regardless of whether their creditors consent. Moreover, the release or freedom from liability is directly grounded in the law. These proper debt relief mechanisms, known in Spain by the Anglo-Saxon term, "*discharge*" are constructed within the majority of European and North American legal environments for the benefit of the individual debtor, and have only recently been introduced into our Spanish model. Other mechanisms, which we call "*improper exemption of unsatisfied liability mechanisms*" also produce an equivalent effect of exemption from unfulfilled liability, either in an indirect way, as is the case of the termination of the corporate body in the case of insolvency with outstanding debts, or by virtue of a juridical institute distinct from discharge, such as the insolvency agreement with acquittal, which on the basis of a negotiation substrate produces a substitutive effect on the original debt.

The purpose of the agreement is analyzed from both historical and comparative law perspectives, and in terms of its nature and main features, all within the context of a variety of proposed solutions, formal requirements and

processing in Spanish law -Even when this study focuses primarily on the mandatory and discretionary content of the agreement- and the subsequent effects on both objective and subjective spheres which produce acceptance of, and compliance with, the agreement, in connection with the substitutive effect, which the agreement with acquittal produces with regard to preexisting obligations at the end of the insolvency process. This results in a partial exemption from the unsatisfied debt as a result of a judicial declaration of compliance with the accord, entailing the resolution of the insolvency and the definitive remission of the outstanding debt owing to the substitutive effect, that which applies to every type of debtor whether an individual or a corporate body and irrespective of good or bad faith.

The outcome of the insolvency of a corporate body with outstanding debts either as a result of liquidation or due to insufficient assets also produces an effect equivalent to a waiver of subsisting debt. This exoneration is linked to the extinguishment of the legal personality of the corporation ex art 178.3 LC a condition which derives even if the insolvency is in any way a convenient procedure by which to liquidate communal estates, on the condition that new assets do not emerge, so as to determine the reopening of insolvency process. Its foundation is in effect, the extinction of the company, which as an indirect consequence of the loss of legal personality, prevents reclamation of debt by its creditors. Extinction occurs in the area of insolvency because there are not cancellation of registration procedure of a company without assets, however it is regulated in the “*Propuesta de Código Mercantil*” (Proposed Commercial Code) prepared by the “*Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*” (Business Law Section of the General Commission).

Finally this study will analyze the legal mechanisms for debt relief as an instrument designed to liberate the insolvent individual with outstanding debts after an insolvency proceeding, thus tempering the effect of any communal liability on the debtor ex art 1911 CC with respect to previous debts. There is indeed a recognized right of the debtor of good faith to a “*fresh start*”, which enables a new beginning throughout their economic recovery and recuperation of their capacity as a consumer, avoiding social exclusion. Traditionally these mechanisms have not been regulated in Spanish insolvency law, and, until

recently forced by economic circumstances, a global debate on the subject had not occurred. Whether to "*exonerate*" the debtor from their debts in an insolvency scenario and if so, upon what basis to reach such a "*pardon*" which would infringe on basic contractual principles and obligatory payments which must be made ex art. 1,091 CC, was first debated in the U.S.A. The subject surfaced in Continental European law around the 1980/90s when opinion on whether or not the indebtedness and insolvency of the individual constitutes the personal dilemma of the debtor, who may find their treatment in the sphere of insolvency proceedings evolving from the doctrine of the "*death of debit*" (Reifner) to the policy of discharge in the context of the performance of today's battered "*welfare state*" (U.S. approach) or, on the other hand, if it instead constitutes essentially a contractual problem in so much as the contract would have since gone beyond that by which preexisting obligations must be fulfilled. That was the initial approach in European around 1980/90, which subsequently evolved into approaches close to American Law, and introduced insolvency mechanisms which exempt unsatisfied liability, in countries such as Germany, France and Italy.

It is certain that the introduction of exoneration mechanisms was one of the principle aims of the specially entrusted section of the "*Comisión General de Codificación*" (General Commission of Encoding) which was constituted for insolvency reform in 2009. Disregarding a complete text having been written on the matter in the abovementioned commission, which did not prosper for a variety of reasons, time constraints amongst others, nevertheless, contained in the "*Disposición Adicional Única*" (Additional Unique Regulation) of Act 38/2011, was a government mandate to report within six months to the Spanish parliament on the individuals' situations and families, as well as the possible adoption of both substantive and procedural measures enabling the proposal of extrajudicial solutions via notary and registry. However this never came into effect, except in the field of mortgages. No insolvency legislation was passed until the approval of Act 14/2013 in support of entrepreneurs and internationalization, among other insolvency reform law, added to our liability waiver mechanisms sometimes connected to the previous failure or inability of

any settlement of payments as a pre-insolvency mechanism also introduced under the aforementioned Act.

For this reason this study will analyze the main features and proposals in this area have been made by the United Nations, the World Bank or the European Union from a comparative method, analyzing the regulation of these mechanisms in some of the countries included in Spain's legal and economic environment. All of which serves to assess the advantages and disadvantages of the introduction of this legal instrument in Spanish insolvency proceedings in view of the current shortcomings of insolvency and to address the problems posed by insolvency of the individual, differentiating it from other figures that bear some relationship, such as immunity from seizure of property and rights, but which satisfy a distinct purpose.

Consequently, the study is divided into four parts. To begin, a series of general legal policy considerations on insolvency procedure which is not only settlement-orientated but also aims to enable the continuity of the insolvent's economic activity and even the eventual surmounting of insolvency by the debtor, intertwined with the principles and characteristics of the social welfare state.

The second part of the study is comprised of two chapters in which the herein defined improper exemption of liability mechanisms. The first chapter focuses on the agreement and examines its conception, nature and outcome. Its historical evolution and the diverse comparable law systems will be investigated as will the agreement's processing and efficiency as well as anticipatory and ordinary proposals, formal requirements, its content, especially arrangement with creditors, and effectiveness. This invites analysis of the effect that the judicial declaration of compliance with the agreement and insolvency produces via the substitution of preexisting obligations.

In the second chapter this study analyzes in detail the extinguishment of the legal personality of the company as a result of insolvency (improper mechanism), seeking to identify the various causes and effects of insolvency produced by each. Particular focus on the consequences of extinction of a company linked to the resolution of insolvency with unsatisfied liability, either as

a result of the completion of liquidation or due to insufficient assets. This study will contextually analyze the relationship between the extinction of a corporation and its' passive legitimation *absentia* meaning it cannot be sued and, consequently the futility of attempted debt reclamation by unsatisfied creditors, with limitations arising from the re-opening insolvency process, which creates a reflex effect on the extinction of subsisting debt.

In the third part the mechanisms of exemption from dissatisfied liability, recognized in Spain by the Anglo-Saxon term "*discharge*", are analyzed from a comparative method, not so much in trying to contrast technical legal options which may differ, but employing the principles for analyzing legal policy in order to coherently confront the different models of comparative law. In this context the study of the purpose and main features of the exoneration mechanisms addressed as much from a doctrinal point of view as from the perspective of positive legal normatives, ending with the legal models of United States, France, Italy, Germany, Portugal and Belgium. To follow on, this study will determine the ways in which insolvency specifically impairs the insolvent individual, and the difficulties embedded in the principle of unlimited personal liability, ex art. 1911 CC, in order that the debtor of good faith may overcome insolvency and recover in an economic capacity. Existing specific legislation has been revised and new legislation introduced to alleviate the financial burden on the insolvent individual. In this way the figure of the waiver on unrecovered debt stands apart from unattachable property and rights; the possibility of the debtor to resort to the refinancing mechanism provided for in "*Disposición Adicional 4ª*" LC or in the extrajudicial agreement of regulated payments in the new "*Título X*" of Insolvency Law, reformed by Act 14/2013 on the 27th September in support of entrepreneurs and their internationalization; as well as specific measures to protect mortgage borrowers.

In the final section of the study, the mechanisms of unsatisfied liability exemption, introduced into Spanish law under the Bankruptcy Reform Act 22/2003, amended Act 14/2013 in support of entrepreneurs and internationalization, are analyzed. First, an exploration of the advantages and disadvantages of regulation in Spanish law regarding an instrument of exoneration of unsatisfied liability, and of the comparative legal model which is

considered more appropriate. An assessment follows of their scope of application, the requirements for the “*discharge test*” necessary to determine whom is worthy of such benefit, excluding debts and of control and effect. Finally, this study undertakes a critical analysis of the unsatisfied liability waiver introduced in art. 178.2 LC, reformed under Law 14/2013 on the 27th September.

PARTE PRIMERA

CONSIDERACIONES DE POLÍTICA JURÍDICA: FINES DEL CONCURSO DE ACREEDORES Y PRESTACIONES DEL ESTADO SOCIAL DEL BIENESTAR

En aquellos supuestos en que un deudor deviene insolvente y se ve imposibilitado para cumplir sus obligaciones, el ordenamiento jurídico reacciona a fin de establecer mecanismos de resolución de los conflictos que surgen entre el deudor y sus acreedores y entre éstos mismos. La insuficiencia patrimonial o la falta de liquidez van a provocar que los acreedores no cobren la totalidad de sus créditos o no lo hagan en el momento de su vencimiento. Esta situación genera una compleja problemática que exige una adecuada respuesta por parte del Derecho. De un lado, aparece la figura del deudor, suscitándose, en supuestos de deudor empresario o profesional la incidencia que ello tendrá en la continuación de su actividad profesional y empresarial. De otro lado, por la situación en que se encuentra el deudor resulta afectada la comunidad de acreedores, lo que plantea como cuestión esencial el modo en que el déficit patrimonial será repartido entre la pluralidad de acreedores que concurren ante un mismo deudor. Pero, además, concurren otros intereses implicados en el proceso: Intereses de trabajadores, intereses públicos o, entre otros, el propio interés del mercado que se ve sensiblemente afectado por los efectos de la insolvencia, configurándose, precisamente, el derecho concursal con el fin de resolver el referido “*conflicto de intereses*” que se suscita en torno a la crisis económica del deudor común.

Como se ha adelantado el derecho concursal se concibe como un Derecho de resolución de conflictos, persiguiendo solventar, una situación excepcional que impide el normal desarrollo del tráfico jurídico y que afecta a relaciones jurídicas reguladas por diversas ramas del derecho: Derecho mercantil, derecho civil, derecho laboral... Por ello, hoy en día no podemos concebir el derecho concursal sino como un derecho transversal e

interdisciplinar en el que se regulan aspectos de diversos sectores del ordenamiento jurídico¹. No obstante, la resolución de la situación conflictual generada exigirá, en ocasiones, jerarquizar unos intereses sobre otros y, en consecuencia, determinar cuáles son los fines prioritarios que se persiguen con su regulación. Sin embargo, ni siempre esos principios o fines aparecen claramente determinados en el texto legal, ni en todos los ordenamientos jurídicos coinciden esos fines, dadas las conexiones existentes entre Derecho concursal y marco constitucional-económico².

En efecto, si analizamos tratando de sistematizar los modelos seguidos en los derechos concursales de los países de nuestro entorno jurídico europeo, podemos apreciar que ni todos se sustentan en los mismos principios de política jurídica ni, desde luego, en todos se persiguen los mismos fines. Así, desde un punto de vista económico, los distintos modelos de regulación de la crisis empresarial responden, conforme a una ya clásica distinción, a dos métodos: el denominado método de mercado y el método gubernativo³. El primero persigue por medio de la liquidación del patrimonio del deudor la satisfacción de sus acreedores y se caracteriza por ser general, judicial y esencialmente sancionador. En este sistema la insolvencia es un hecho cuya importancia no trasciende los meros intereses individuales del deudor y sus acreedores, siendo su objeto prioritario la regulación de conflictos entre particulares. Se trata de un método coherente con la idea liberal de autorregulación del mercado que se corresponde con una concepción esencialmente privatista, encomendándose a los procedimientos concursales una finalidad esencialmente solutoria y liquidativa.

¹ Como dice TIRADO, I. en "Reflexiones sobre el concepto de interés concursal (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)", ADC, tomo LXII, Civitas, 2009, fasc. III, pág. 1061 el Derecho concursal se trata de un instrumento jurídico imperativo que persigue la obtención de un fin: la solución de la crisis económica. Es un campo jurídico estrictamente instrumental....cuya propia existencia se explica sólo para conseguir una finalidad consistente en "arreglar" el problema existente por unos intereses en conflicto, cada cual protegido por su propio Derecho.

² PULGAR EZQUERRA, J. en "La reforma del Derecho concursal comparado y español (Los nuevos institutos concursales y reorganizativos)". Madrid, 1994. Pág. 34 y ss.

³ Un detallado estudio sobre estos dos sistemas, su evolución, características y diferencias puede verse en BISBAL MENDEZ, J., "La empresa en crisis y el derecho de quiebras". Bolonia, 1986.

El método de mercado se corresponde con un marco económico propio del siglo XIX inserto en el sistema de economía de mercado, situándose su finalidad en la liquidación del patrimonio del deudor para pagar con su resultado a los acreedores, a la vez que expulsar del mercado a las empresas que han dejado de ser competitivas. No es que la idea de conservación de la empresa no se tuviera en cuenta en fase de la evolución del Derecho concursal, sino que se desenvuelve en el marco de la autonomía privada y es residual⁴. Sin embargo, ya a finales del siglo XIX, se evidenció que la liquidación de la empresa no siempre era la mejor solución, siendo necesario partir de la realidad concreta a fin de valorar si en cada caso es más útil la liquidación o la conservación de la empresa. Así, el derecho concursal va a tener otros objetivos y plantear otras soluciones hasta que a principios de la segunda mitad del siglo XX surgen sistemas que tienden a distinguir entre el destino de deudor y el de su actividad y a centrarse en la empresa como fuente de empleo y de producción de bienes y servicios cuya conservación debe primar, cuestionando así el tradicional principio de satisfacción de los intereses de los acreedores.

Nace, de este modo, el *“método gubernativo”* que persigue la resolución de los intereses implicados mediante un plan que modifique la estructura crediticia de la empresa y permita su continuidad o su transmisión configurándose un método especial, administrativizado y, esencialmente, conservativo⁵. Su configuración se corresponde con el tránsito desde el marco constitucional económico liberal al modelo de Economía Social de Mercado, que conlleva una progresiva *“desprivatización de los institutos concursales”*, trasladándose el centro de decisión sobre la solución conservativa o liquidativa a la crisis económica de las empresas a los órganos públicos, sean administrativos o judiciales, primando, en ocasiones, en la resolución del conflicto intereses públicos distintos de la mera satisfacción de los intereses de los acreedores.

⁴ PULGAR EZQUERRA, J. en “La reforma del Derecho concursal comparado y español (Los nuevos institutos concursales y reorganizativos)”. Op. Cit. Pág. 26 y ss.

⁵ ZABALETA DÍAZ, M. “El principio de conservación de la empresa en la Ley concursal”, Cizur Menor, 2006. Pág. 27 y ss.

Pero la conservación a ultranza de la empresa tampoco es siempre viable, conllevando la ponderación de los distintos intereses en juego que, en muchos casos, prime una solución liquidativa sobre la conservativa. Ello motivó que, en un estadio posterior de la evolución del derecho concursal, se haya optado en muchos modelos de derecho comparado por una solución intermedia que persigue conciliar la satisfacción de los acreedores con el principio de conservación de la empresa⁶. Se trataría de conservar la empresa si es viable, obteniendo además los acreedores por esta vía una mayor satisfacción de sus créditos que si se opta lisa y llanamente por la liquidación⁷.

Manifestaciones de esta tendencia se aprecian en diversos ordenamientos de nuestro entorno. Tradicionalmente y tras sucesivas reformas en el modelo francés la crisis de la empresa puede solucionarse a través de tres vías fundamentales: La “*conciliation*”, el procedimiento de “*sauvegarde*” y el procedimiento de “*redressement judiciaire*”⁸. La “*conciliation*” se introduce por la Ley 84-148 de 1 de marzo de 1984, *relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises*, si bien ha sido modificada por la Ley de *Sauvegarde*. Se trata de un procedimiento al que resultan sometidas las empresas que se encuentren en dificultad jurídica, económica o financiera, actual o previsible, y las que hayan cesado recientemente en sus pagos, siempre que tal situación no se haya prolongado más de cuarenta y cinco días. La finalidad del procedimiento es conceder al deudor la posibilidad de

⁶ Así, como afirma BISBAL MENDEZ, J., “La empresa en crisis y el derecho de quiebras”. Op. Cit. Pág. 179 y ss., nuestro tradicional derecho de quiebras se habría posicionado, sobre todo tras la entrada en vigor de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 en el ámbito del sistema de mercado corregido que introduce mecanismos alternativos para dar solución al problema de las crisis reversibles evitando la solución liquidatoria.

⁷ Una exposición detallada de este proceso de evolución del Derecho concursal puede verse en PULGAR EZQUERRA, J. en “La reforma del Derecho concursal comparado y español (Los nuevos institutos concursales y reorganizativos)”. Op. Cit. Pág. 22 y ss. Igualmente en ZABALETA DÍAZ, M. “El principio de conservación de la empresa en la Ley concursal”, Op. Cit. Pág. 27 y ss.

⁸ Los procedimientos concursales franceses han sufrido una importante modificación como consecuencia de la publicación de la Ley 2005-845, de 26 de julio de 2005 de *Sauvegarde des entreprises*, para favorecer la solución negociada a la crisis y mejorar los mecanismos de prevención y posteriormente por la Ordenanza nº 2008-1345 de 18 de diciembre de 2008. Precisamente, esta reforma ha venido a priorizar la satisfacción de los acreedores a los demás intereses, como son la conservación de la empresa y del empleo, que quedan subordinados a la finalidad primaria del concurso. Más recientemente por la Ordenanza nº 2010-1512 del 9 de diciembre de 2010 cuya finalidad es la adaptación de la normativa relativa a las crisis empresariales y al tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento al empresario individual con responsabilidad limitada.

renegociar sus deudas con los acreedores en un marco de confidencialidad, así como ofrecer la posibilidad de presentar cualquier propuesta dirigida al saneamiento de la empresa, facilitando su continuidad y la de los puestos de trabajo. El procedimiento de "*redressement et liquidation judiciaires*", regulado por la Ley 84-148, por su parte, tiene por objeto la continuidad de la actividad empresarial, el mantenimiento del empleo y el arreglo del pasivo. Su presupuesto es la imposibilidad de hacer frente al pasivo exigible con el activo disponible, no revistiendo por tanto un carácter preventivo, lo que le diferencia sustancialmente del procedimiento de "*sauvegarde*". Presenta también este procedimiento una vertiente residual al que se puede acudir en gran medida cuando fracasa la "*conciliation*" y el deudor se encuentra en situación de cesación de pagos⁹. Posteriormente en virtud de la introducción del procedimiento de "*sauvegarde*" por la Ley 2005-845 y modificado por la Ordenanza nº 2008-1345 de 18 de diciembre de 2008 y por la Ordenanza nº 2010-1512 del 9 de diciembre de 2010, se regula en el modelo francés un procedimiento preventivo que tiene por finalidad facilitar la reorganización de la empresa para hacer posible la continuidad de la actividad económica, el mantenimiento del empleo y el pago de las deudas a través de un plan de reorganización llamado "*sauvegarde*". Su presupuesto es la existencia de dificultades financieras difícilmente salvables que puedan conducir a una cesación de pagos, pero ésta no ha de haberse producido. El plan de "*sauvegarde*" es un plan de continuación con pago de los créditos, que contempla la posibilidad de quitas y esperas, además de medidas de reestructuración empresarial. El derecho francés de insolvencias ha evolucionado así desde una priorización de la conservación de la empresa frente a la satisfacción de los acreedores, a una regulación en el que la finalidad solutoria de los procedimientos concursales cobra mayor importancia.

El derecho concursal alemán regulado en la *Insolvenzordnung*, *InsO* de 5 de octubre de 1994, en el momento actual en proceso de revisión normativa, se adscribe al modelo del saneamiento, configurándose un único procedimiento

⁹ PEROCHON, F. "El nuevo Derecho Francés de empresas en dificultades surgido de la Ley de 26 de julio de 2005 de salvamento (*Sauvegarde*) de las empresas" *RcP*, La Ley 8/2008. Pág. 79 y ss. SAINT-ALARY HOUIN, C. "La prevención de las crisis económicas en el Derecho Francés" en "El concurso de sociedades en el Derecho Europeo". Monografías de la *RcP*. La Ley, 1/2004. Pág. 191 y ss.

de insolvencia, pero con dos posibles soluciones. De un lado la liquidación del patrimonio del deudor para pagar las deudas y de otro la elaboración de un plan de insolvencia: el “*Insolvenzplan*”, orientado a la conservación de la empresa y que incluye para el deudor persona física la posibilidad de liberarse de las deudas pendientes una vez concluido el procedimiento concursal, centrándose más en el saneamiento de la empresa que en el deudor. En efecto, a través de este plan se persigue, con los beneficios generados por la actividad empresarial, la satisfacción de los créditos. Ello conlleva una privatización del derecho concursal, pues el “*Insolvenzplan*” está acordado entre el deudor y sus acreedores, pero sometido a un importante control judicial. Ahora bien, ese plan no solo puede tener un contenido conservativo o de saneamiento, sino que también puede ir dirigido a la liquidación de la empresa¹⁰.

Por último, en el Derecho Italiano, hasta el momento no se ha unificado el tratamiento de las crisis económicas del deudor común, existiendo una pluralidad de procedimientos y una dicotomía en el tratamiento de éstas en función de la condición del deudor. La crisis empresarial se regula en Italia por medio del procedimiento de quiebra, el concordato preventivo, la administración extraordinaria de la gran empresa y la liquidación forzosa administrativa. Inicialmente, el derecho concursal italiano se regulaba fundamentalmente en el Real Decreto nº 267 de 16 de marzo de 1942 la denominada *Legge Fallimentare*, que ha sido reformada parcialmente en diversas ocasiones entre las que destaca el Decreto Legislativo nº 5 de 9 de enero de 2006 de reforma orgánica de la Disciplina de los Procedimientos Concursales y el posterior Decreto Legislativo nº 169 de 12 de septiembre de 2007. En este marco, junto a la quiebra (*fallimento*) se configuraba el concordato preventivo como un procedimiento que persigue anticiparse a la situación de insolvencia, siendo su contenido muy amplio, puede presentarse una vertiente reorganizativa, liquidatoria o mixta, sometiéndose al control judicial para su aprobación. El procedimiento de quiebra puede terminar en la liquidación, orientada, en la

¹⁰ KARSTEN SCHMIDT, H.C. “Sociedades, grupos de sociedades y Derecho Concursal en Alemania” en “El concurso de sociedades en el Derecho Europeo”. Monografías de la RcP. La Ley, 1/2004. Pág. 67 y ss. KARSTEN SCHMIDT, H.C. “Sobreendeudamiento y deberes en relación con la solicitud de apertura de concurso: *Wronfulg Trading* conforme al Derecho Alemán” RcP, La Ley, 12/2010. Pág. 383 y ss.

medida de lo posible, al mantenimiento de las unidades productivas de la empresa o ser sustituida por un convenio concursal o un concordato de “*fallimento*”, cuyo contenido es muy similar al concordato preventivo. Por último, la administración extraordinaria de la gran empresa se configura como el procedimiento concursal de la gran empresa comercial insolvente, con una finalidad conservativa del patrimonio productivo, mediante la continuación, reactivación o reconversión de la actividad empresarial, procedimiento en el que se contempla una importante participación del Ministerio de Industria¹¹.

Como puede advertirse en estos modelos de derecho comparado se persigue conciliar, sobre la base de distintas opciones de política legislativa, el interés de los acreedores con la conservación de la empresa y ese interés por el mantenimiento de la actividad, el saneamiento o la reestructuración aparece tanto en los procedimientos preventivos, como en los procedimientos de insolvencia. Así mismo se persigue implicar a los acreedores en ese proceso y, aún cuando éste se vea abocado a la liquidación, ello se concilia con un intento de mantener la capacidad productiva de la empresa¹².

Nuestra vigente Ley Concursal no contiene una declaración programática que establezca cuáles son los fines asignados al procedimiento concursal. No obstante, en la Exposición de motivos de la Ley se hace referencia a la satisfacción de los acreedores como la finalidad esencial del concurso (Exposición de Motivos, exponiendo II, párrafo 4º), para excluir posteriormente el saneamiento de la empresa como finalidad de la Ley

¹¹ BONFATTI, S. “Los procedimientos concursales en Italia: entre las perspectivas de reforma y las disposiciones urgentes” en “El concurso de sociedades en el Derecho Europeo”. Monografías de la RcP. La Ley, 1/2004. Pág. 101. BONFATTI, S. “Reforma concursal italiana versus reforma española”. RcP, La Ley 8/2008. Pág. 57 y ss.

¹² En este punto como afirma BISBAL MENDEZ, J., “La empresa en crisis y el derecho de quiebras”. Op. Cit. Pág. 286 y ss., debe distinguirse entre salvación y reorganización. La salvación ocurre de modo excepcional, por el especial significado que reviste la empresa en crisis y puede asociarse al despliegue de medios exorbitantes en relación a los que se emplean en la reorganización. Tiene bastante que ver con la expropiación por motivos de utilidad pública. Surge desde la *voluntas* y adopta el aspecto de Ley-acto, apelando a los principios generales y suspende la aplicación de la ley general por la ley particular. Por el contrario la reorganización no abandona la posibilidad de confeccionar un *standard* de empresa conservable que permita orientar la decisión crucial en el caso concreto. Un estándar construido con la exigencia de que la conservación satisfaga un mínimo de los intereses involucrados en la crisis que permita ponderar la alternativa y que se basa en ciertas condiciones controlables y previsibles.

Concursal, si bien se hace referencia al convenio como solución normal del concurso y a la conservación de la actividad profesional o empresarial del deudor como una finalidad que puede satisfacerse a través del convenio de continuación, que puede servir para salvar las que se consideren todavía viables en beneficio, no solo de los acreedores, sino del propio concursado, los trabajadores y de otros intereses (Exposición de Motivos, exponendo VI, párrafo 7º), finalidad que ha sido reforzada tras la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011.

Nuestro histórico derecho de insolvencias se ha centrado tradicionalmente y fundamentalmente, desde unos planteamientos privativos y solutorios, en la finalidad del pago a los acreedores, como finalidad principal del procedimiento. Ciertamente, en el Código de Comercio de 1885 ya aparecían instrumentos como la suspensión de pagos, regulada en los arts. 870, 871 y 872, en los que se establecía la posibilidad de alcanzar entre el deudor y sus acreedores un convenio pero de carácter esencialmente solutorio, desvinculado de la idea de conservación de la empresa. El principio de conservación de la empresa en atención a intereses públicos aparece en la reforma operada por la Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre quiebra de las Compañías de ferrocarriles, canales y demás obras públicas, principios que se extendieron en los arts. 928 y 929 a las sociedades anónimas. No obstante, será en la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 en la que la idea de conservación de la empresa se plasma de modo más significativo.

En los proyectos de reforma de la legislación concursal española los fines del concurso han oscilado entre el saneamiento y la conservación de la empresa, y la finalidad solutoria como fin principal del procedimiento concursal. Así, en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983¹³, se establecía en su Exposición de Motivos que la finalidad básica del concurso ya no se situaba en la liquidación, sino en la conservación del conjunto patrimonial del deudor común, con las modificaciones de estructura y gestión que resulten necesarias

¹³ El texto fue redactado por una ponencia especial constituida ad hoc en el seno de la Comisión General de Codificación, presidida por Manuel Olivencia, siendo vocales L. Vacas, J. Carreras, G. Jiménez Sánchez y A. Rojo.

para posibilitar su supervivencia¹⁴. Esta idea fue abandonada en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995¹⁵, desprendiéndose de su Exposición de Motivos que la finalidad primordial del concurso ya no era la conservación de la empresa o su saneamiento, sino la satisfacción de los acreedores, si bien la idea de conservación no se abandonaba en un modo absoluto, estando presente a través de la figura de los convenios de continuación¹⁶.

En la Ley Concursal vigente (LC 22/2003) y las sucesivas reformas de que ha sido objeto (RDL 3/2009 y Ley de reforma de la Ley Concursal 38/2011) se optó desde un punto de vista de política jurídica por mantener esta orientación y desde su originaria redacción se abandonó la idea del saneamiento de la empresa como fin del concurso, situándose en la satisfacción de los acreedores la finalidad principal del procedimiento (finalidad solutoria). No obstante, como se ha adelantado, también en la Ley Concursal se contienen expresas referencias a la conservación de la empresa como medio para satisfacer los intereses crediticios afectados por la crisis¹⁷. Ello suscita si la conservación de la empresa o su continuidad, constituyen en sí mismos fines del procedimiento concursal, o solo son fines instrumentales o secundarios que solo interesan en tanto en cuanto puedan servir para satisfacer el objetivo solutorio primario¹⁸, habiendo sido este aspecto objeto de evolución en las sucesivas reformas de la Ley Concursal. En este marco de reforma de la Ley Concursal (Ley 38/2011), sin encomendar al concurso

¹⁴ Un estudio detallado de este Anteproyecto puede verse en el ya clásico nº 8/1985 Extraordinario de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, dedicado a “Estudios sobre el Anteproyecto de la Ley Concursal”.

¹⁵ La Propuesta fue redactada por Ángel Rojo, miembro permanente de la sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación y miembro de la ponencia que había elaborado el Anteproyecto de 1983.

¹⁶ Como afirma BISBAL MENDEZ, J., “Los fines del sistema concursal”. RJC, nº 3, 1984, pág. 559 y ss., el mantenimiento de grandes empresas en funcionamiento, aunque no sean rentables, en ocasiones supone la imposibilidad de crear empresas eficientes como consecuencia del desvío de recursos productivos hacia las empresas ruinosas lo cual, además de repercutir sobre la colectividad (impuestos) acaba por agravar el problema del empleo y aumenta la presión fiscal.

¹⁷ En este sentido PULGAR EZQUERRA, J. “El concurso de acreedores. La declaración”, Las Rozas, 2009. Pág. 160 y ZABALETA DÍAZ, M. “El principio de conservación de la empresa en la Ley concursal”, Op. Cit. Pág. 35.

¹⁸ La Exposición de Motivos de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal incide en su Exponendo I en la consideración de la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado como uno de los propósitos principales de la Ley Concursal.

nuevas finalidades, podría interpretarse que “altera” el marco de relaciones satisfacción de acreedores/conservación de empresa, lo que se desprende de su Exposición de Motivos. En efecto, en su Exponendo I se afirma que: *“Sin embargo, el deterioro de la situación económica ha acentuado determinados aspectos de la legislación que han resultado disfuncionales y ha puesto de manifiesto el incumplimiento de uno de los propósitos principales de la ley, que es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado”*.

Descendiendo al análisis del articulado de la Ley Concursal parece evidente que en la Ley Concursal favorece la continuidad de la empresa. Así, se puede citar el artículo 44 LC conforme al cual la declaración de concurso no interrumpe la continuidad de la actividad de la empresa, lo que no implica que la actividad se desarrolle normalmente, puesto que aquella se lleva a cabo bajo la supervisión o la gestión directa de la administración concursal, según se haya acordado el régimen de intervención o suspensión tal y como contempla el artículo 40 LC. Ello no impide que en ocasiones, si fuera necesario el Juez pueda autorizar el cierre de todas o parte de las oficinas o establecimientos del deudor o el cese total o parcial de su actividad. En estos supuestos se permite la tramitación de expedientes de regulación de empleo que comportarán la modificación, suspensión o extinción de las relaciones laborales prevista en los arts. 44 y 64 LC. Precisamente esta posibilidad es una de las herramientas más eficaces para reorganizar los recursos de la empresa, cuando esta reorganización sea necesaria para asegurar su viabilidad o el mantenimiento del empleo. En efecto, aunque el artículo 64 LC regula el expediente de regulación de empleo, retrasando su tramitación, salvo circunstancias excepcionales, a la emisión del informe de la administración concursal, el último apartado del artículo 44 permite adelantar su tramitación a la mera constatación de su necesidad por la administración concursal, lo que evitará que la masa asuma pérdidas innecesarias.

También es relevante en este punto el artículo 43 LC, relativo a la conservación de la masa activa que dispone que en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso, lo que puede identificarse también como mantenimiento de la actividad si sirve a

tal fin, pudiendo los administradores concursales solicitar del juzgado el auxilio que estimen necesario. Si bien hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa, podrá solicitarse del juez autorización para su enajenación o gravamen cuando sea el mejor modo de conservar la masa activa, sin que sea necesaria tal autorización cuando se trate de actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor; actos de disposición que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso o actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario.

Precisamente, uno de los aspectos que facilita de modo significativo la continuidad de la actividad empresarial del deudor es el mantenimiento de las relaciones contractuales. Al margen de la incidencia en los contratos laborales regulados en los artículos 64 y 65, como se establece en el artículo 61.3 LC, la declaración de concurso no es por sí misma causa de extinción o resolución del contrato, teniéndose por no puestas las cláusulas con este contenido. Ello no es óbice para que otras circunstancias si puedan influir en el devenir de dichos contratos, incluso para justificar su resolución, lo que, sin embargo, en modo alguno, se conecta a la declaración de concurso por sí misma. Desde la perspectiva de la continuidad de la actividad, el contrato que merece ser destacado es el contrato con obligaciones recíprocas pendiente de cumplimiento por ambas partes en el momento de la declaración de concurso, estableciéndose en este supuesto en el apartado 2 del artículo 61 LC que las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.

Así mismo y para garantizar el cumplimiento de un contrato que puede ser esencial para el mantenimiento de la actividad de la empresa se establece que las prestaciones del concursado lo sean con cargo a la masa, efecto que se regula así mismo en el artículo 84 LC, en el que se tipifican legalmente los créditos contra la masa, convirtiéndose así en un gasto prededucible, lo que

incentiva el cumplimiento de la contraparte. A ello debe añadirse que la obstaculización del cumplimiento de dichos contratos es causa de subordinación del crédito, según la nueva regulación que del artículo 92 LC se hizo en virtud del Decreto Ley 3/2009 de 27 de marzo, que modifica diversos preceptos de la Ley Concursal, con el fin de propiciar su finalidad conservativa sin detrimento de la satisfacción de los acreedores que también en dicho Decreto Ley era prioritaria¹⁹.

Es por ello precisamente que el mantenimiento de esos contratos y su cumplimiento con cargo a la masa solo interesa, cuando sea instrumental del mantenimiento de la actividad empresarial o profesional o pueda ser susceptible de allegar recursos que permitan cumplir la finalidad principal del concurso, que no es sino el pago a los acreedores. En tanto que esto no sea así y el contrato sea una carga para la masa, se contempla la resolución del mismo en interés del concurso en los términos descritos.

Se admite, no obstante, con carácter general la resolución de estos contratos por incumplimiento del concursado posterior a la declaración de concurso, incluso por incumplimiento anterior en caso de contrato de tracto sucesivo, pero condicionada al interés del mismo, tal y como se establece en el artículo 62 LC. De este modo, aún concurriendo causa de resolución de contrato por incumplimiento del concursado, el Juez puede acordar su cumplimiento en interés del concurso, instrumento que podrá ser eficaz en algunos casos para asegurar el mantenimiento de la empresa, pero del que debe hacerse un uso prudente pues la prestaciones lo serán con cargo a la masa y solo cuando ésta esté en condiciones de cumplir podrá acordarse, a fin de no causar un indeseable perjuicio a la otra parte.

Excepcionalmente se admite la posibilidad de rehabilitar determinados contratos resueltos antes de la declaración de concurso, hasta que finalice el plazo para la comunicación de créditos. Según los artículos 68 y 69 LC los contratos que pueden ser rehabilitados son: Los contratos de préstamo y demás de crédito a favor del concursado; así como los contratos de adquisición

¹⁹ A este respecto Vid. SANJUAN Y MUÑOZ, E., "La subordinación del crédito por obstaculización del contrato (artículo 92.7 Ley Concursal)". RcP. La Ley nº 13/2010. Pág. 349 y ss.

de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado. Para el caso del contrato de arrendamiento también se prevén normas especiales, previéndose en el artículo 70 LC la enervación de la acción de desahucio del local en que se desarrolla la actividad profesional o empresarial del deudor.

De otro lado y desde esta perspectiva conservativa del concurso de acreedores, uno de los efectos más importantes que deriva de la declaración de éste es la paralización de las ejecuciones frente a los bienes del ejecutado y la imposibilidad de iniciar acciones de tal carácter vigente el concurso. Así, según el artículo 55 LC declarado el concurso no pueden iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales ni apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor, suspendiéndose las iniciadas con anterioridad. Se pueden continuar, sin embargo, determinados procedimientos de ejecución administrativa y ejecuciones laborales ya iniciados en los que se hubieran embargado bienes, siempre que no sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Esta regla de la suspensión de las ejecuciones se limita bastante en el caso de ejecución de garantías reales, regulada en el art. 56 LC; aunque también aquí la afección de los bienes a la actividad profesional o empresarial, o la necesidad de los mismos para la continuidad de dicha actividad es causa de paralización de dichas ejecuciones.

De todo ello deriva que la idea de empresa en funcionamiento es una constante en la Ley concursal, en tanto se concibe aquella como un ente en actividad susceptible de seguir allegando recursos a la masa y facilitándose así el cumplimiento de sus obligaciones y el pago de sus créditos. Pero, como se ha adelantado, la conservación de la empresa no es un criterio a seguir a toda costa²⁰. La viabilidad de la empresa, el hecho de que su mantenimiento genere más gastos que beneficios, puede llevar aparejado el cese total o parcial de la actividad o la venta anticipada de sus activos, tal y como prevén los arts. 43 y 44 LC o, incluso, la liquidación en cualquier momento del procedimiento concursal (Art. 142.1 LC). Tampoco debe desdeñarse la posibilidad de

²⁰ Como dice BISBAL MENDEZ, J., "La empresa en crisis y el derecho de quiebras". Op. Cit. Pág. 297, un sistema concursal que pretenda poner en práctica el principio de conservación de la empresa no puede consistir en un mecanismo de conservación indiscriminado de empresas. Se exige la elaboración de un *standard* de empresa conservable que contenga unas condiciones mínimas inderogables para que el sistema pueda obrar con unas ciertas garantías de calculabilidad y generalidad.

enajenar anticipadamente los activos de la empresa en funcionamiento cuando el empresario no pueda continuar la actividad. En estos supuestos la venta temprana permite la conservación de esos elementos productivos y obtener un mejor precio que si la venta se demora demasiado, posibilidad que se ha facilitado aún más en la nueva redacción del art. 43 LC llevada a cabo por la Ley 38/2011. Incluso en caso de insolvencia inminente puede interesar al deudor la liquidación anticipada de sus bienes para garantizar el mantenimiento de las unidades productivas en aquellos supuestos en que la espera hasta la liquidación pudiera llevar aparejada la pérdida de su valor o una venta ruinosa. Esta posibilidad constituye una manifestación del principio de que la suerte de la empresa no debe seguir, necesariamente, la del empresario (tradicional principio francés de separación “hombre/empresa”).

En suma, la conservación de la empresa no es, en sí mismo, considerado durante la tramitación del procedimiento un fin del procedimiento concursal, sino antes bien un fin instrumental al que puede aspirarse cuando ello permita o, al menos, no perturbe los intereses de los acreedores en la satisfacción de sus créditos²¹.

Tampoco parece que entre las soluciones al concurso la conservación de la empresa sea un fin principal del procedimiento, pudiendo concluir éste de dos modos: en virtud de convenio o liquidación. A través de ambas vías solutorias puede acometerse la conservación de la empresa, pero el mantenimiento de la actividad no es elemento consustancial a ninguno de los modos de conclusión del concurso. De hecho, la Ley no se decanta por el convenio o la liquidación como método preferente para la terminación del procedimiento, ni fija un criterio de conservación o liquidación de empresas, residiendo en los acreedores, pero sobre todo en el deudor la decisión sobre la solución que se dará al concurso de acreedores, sin que en nuestro modelo se fije un criterio legal de conservación o liquidación de empresas basado en la viabilidad económica. Ciertamente, la Exposición de Motivos de la Ley atribuye

²¹ DE LA CUESTA RUTE, J.M., “El convenio Concursal y la conservación de la empresa” en Estudios sobre la Ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, Madrid, 2005 Tomo IV, pág. 4484. De la misma opinión es GONDRA, J.M. en “Convenio y reorganización en la nueva Ley Concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada” en Estudios sobre la Ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, Madrid, 2005 Tomo IV, pág. 4596.

al convenio la condición de solución normal al concurso que pretende incentivar (Exposición de Motivos, exponendo VI, párrafo 2º). No obstante, ello constituye más una intención retórica que real²² y, de hecho, como se ha adelantado, la llave del convenio se encuentra en la voluntad del deudor. Si éste solicita la liquidación, queda vedada la posibilidad de presentar una propuesta de convenio y el concurso se ve abocado a la liquidación, tal y como establecen los arts. 113.1 y 142.1 LC, adoptando el legislador en la Ley Concursal 22/2003 una postura de neutralidad en relación a la forma de terminación del concurso²³. Nos encontramos, por tanto, ante un modelo abierto adaptable a las circunstancias de cada deudor y serán éstas, así como la propia voluntad de aquel, las que determinarán el devenir del procedimiento concursal.

En este sentido, manifestación de ello es que las propuestas de quitas y/o esperas, contenido típico del convenio concursal, al que se refiere el art. 100.1 LC, no deben llevar aparejada, necesariamente, la continuidad de la actividad empresarial del deudor. Este sería, por ejemplo, el caso de las propuestas presentadas por deudores concursados que no ejerzan actividad profesional o empresarial alguna, o de aquellos deudores que hayan cesado en su actividad y, sin embargo, dispongan de recursos para pagar parcialmente su créditos o para hacerlo de modo aplazado²⁴. De hecho la propuesta de convenio, solo deberá ir acompañada del plan de viabilidad a que se refiere el art. 100.5, cuando para atender los pagos se prevea contar con los recursos que genere la continuidad, total o parcial de la actividad profesional o empresarial del deudor. No obstante, es cierto que en otros supuestos el convenio propicia la continuidad de la actividad del deudor, ya sea por éste

²² TIRADO, I. en “Reflexiones sobre el concepto de interés concursal (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)”, Op. Cit. Pág. 1071.

²³ DE LA CUESTA RUTE, J.M. en “A propósito de la función del convenio en el concurso”, en ADCo nº 4. Aranzadi, 2005. Pág. 41 y ss. En este mismo sentido BELTRÁN SÁNCHEZ, E. en “La liquidación” RPJ nº XVIII, especial sobre la Ley Concursal, 2004. Pág. 410; ROJO, A. en “Curso de Derecho Mercantil II”, URÍA, R. y MENÉNDEZ, A. coord. 2ª Ed. Cizur Menor, 2007, pág. 1046 y GUTIÉRREZ GILSANZ, A. en “La reforma del convenio concursal” en RcP. La Ley nº 15/2011. Pág. 76. En contra VELASCO SAN PEDRO, L.A. en “Comentarios a la legislación concursal” SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., directores, Valladolid, 2004, Tomo III, pág.2113, para quien la Ley prima el convenio sobre la liquidación. Por su parte HÖLDERL FRAU, H.A. en “El convenio en la quiebra y en la Ley Concursal”, Valencia, 2005. Pág. 249, defiende que la liquidación constituye la verdadera finalidad del procedimiento concursal.

²⁴ ROJO, A. “El contenido del convenio” en RPJ nº XVIII, especial sobre la Ley Concursal, 2004. Pág. 363.

mismo, o por mediación de otra persona. Destaca en este ámbito el convenio de asunción a que se refiere el apartado 2 del artículo 100 LC en el que se contempla la enajenación de todo o parte del negocio con obligación del adquirente de continuar la actividad empresarial y asumir los pagos de los créditos en los términos acordados en el convenio²⁵. En esta línea también la modificación estructural de la sociedad se contempla expresamente como contenido del convenio en el art. 100.3 LC, no debiendo olvidarse, no obstante, que la conservación de la empresa forma parte del convenio por que las partes, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad (Art. 1255 CC), así lo han querido, no porque venga impuesta en ningún precepto de la Ley²⁶, si bien, normalmente, la idea de conservación de la empresa subyace al contenido de la propuesta de convenio.

Así mismo y de otro lado, también debe destacarse que la liquidación puede constituir un mecanismo en orden a la reestructuración de la empresa, no debiendo identificarse en todo caso la liquidación con el cese de la actividad o la destrucción de la empresa y el empleo. No obstante lo que pudiera acordarse en relación a este punto en el plan de liquidación, conviene recordar en este lugar que según las reglas supletorias previstas en la Ley Concursal la liquidación de la empresa puede realizarse mediante la venta total o parcial de las unidades productivas, siendo preferentes las ofertas que conlleven la continuidad de la actividad tal y como se establece en el artículo 149 LC.

Así, cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1ª del apartado 1º del artículo 149 LC, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad

²⁵ PULGAR EZQUERRA, J. "Los convenios de asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de la empresa". RDM nº 266, Madrid, 2007. Pág. 889 y ss.

²⁶ DE LA CUESTA RUTE, J.M., "El convenio Concursal y la conservación de la empresa", Op. Cit. Pág. 4486.

futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo²⁷.

Por tanto, la conclusión del procedimiento concursal, por la vía del convenio o por la vía solutoria de la liquidación, puede comportar una solución que conlleve la continuación de la actividad, pero no necesariamente debe conducir a dicho resultado, viniendo ello determinado por la prioritaria satisfacción de los acreedores. En efecto, el presupuesto objetivo del concurso es la insolvencia y, por tanto, la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles, por lo que su incoación se vincula a la insatisfacción de los intereses crediticios de los acreedores. El hecho de que la empresa atravesase dificultades económicas no implica, por sí mismo, que pueda acudir al concurso para su saneamiento, lo que solo tendrá sentido cuando el deudor común no pueda cumplir sus obligaciones. Es más, si el deudor carece de bienes con los que poder cumplir con ese interés primario que es la satisfacción de los acreedores, el procedimiento concursal debe concluir, bien en fase de liquidación (arts. 152.2 y 3 y 176.1.2 LC), bien en cualquier momento del procedimiento en que se constate insuficiencia de masa activa para hacer frente a los gastos contra la masa previsible (art. 176.1.3 y 176 bis LC, regulador de la conclusión del concurso por insuficiencia de activo e introducido por la Ley 38/2011 para la reforma de la Ley Concursal). Ello no es óbice para que simultáneamente en estos casos y, a veces, en modo cuestionable el concurso sirva para otros fines secundarios, entre los que se sitúa la extinción y cancelación registral de sociedades mercantiles carentes de patrimonio, tal y como establece el art. 178.3 LC. En otras ocasiones son intereses públicos los que se pretenden proteger, como es la exclusión del deudor del mercado a través de su inhabilitación en los supuestos en que el concurso haya sido calificado como culpable, debiendo tenerse, no obstante,

²⁷ En orden a favorecer la adquisición de la unidad productiva en funcionamiento y, por consiguiente, el mantenimiento de la actividad y el empleo, el art. 42.1 LGT no contempla la subrogación del adquirente en las deudas tributarias pendientes. Respecto a la deuda pendiente con la Seguridad Social los tribunales, en ocasiones, han rechazado la subrogación, así, entre otras, la Sentencia de la Secc. 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de noviembre de 2007.

incluso en estos supuestos en la aplicación de dicha sanción el interés del concurso²⁸.

Precisamente ese interés del concurso²⁹, al que se refiere el legislador en diversos preceptos³⁰, y cuyo contenido no se especifica en la Ley, entendemos deberá coincidir con la protección del interés subjetivo primario que se pretende satisfacer en el concurso, esto es, la satisfacción de los acreedores, debiendo ser a nuestro entender éste un criterio interpretativo, que debe regir la actuación de los distintos sujetos y órganos que intervienen en el concurso y al que deberán supeditarse otros intereses o fines subsidiarios o instrumentales del concurso³¹. Es más, la administración concursal, como órgano del concurso encuentra en el interés concursal un principio general de actuación³², debiendo orientarse la actividad de la administración concursal a la satisfacción de ese interés concursal que, a su vez, servirá de medida para determinar la responsabilidad exigible al administrador concursal al amparo del artículo 36 LC, en aquellos supuestos en que sus actos contravengan la satisfacción de ese interés.

Entre los fines que pueden perseguirse a través del concurso se encuentra, no cabe duda, la conservación de la empresa, pero insistimos en que ésta no debe perseguirse a toda costa, ni en detrimento de la finalidad principal del concurso³³. Ciertamente, la reforma llevada a cabo por Ley

²⁸ TIRADO, I. en "Reflexiones sobre el concepto de interés concursal (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)", Op. Cit. Pág. 1101 y ss.

²⁹ GONZÁLEZ BILBAO, E. "Identificación de los "intereses concurrentes" y del "interés del concurso" en la nueva Ley Concursal" en Estudios sobre la Ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, Madrid, 2005 Tomo I, pág. 293 y ss.

³⁰ Art. 43.1 relativo a la conservación de la masa activa; art. 54.2 relativo al ejercicio de acciones del concursado; art. 61.2 que regula la resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes con posterioridad a la declaración del concurso y art. 62.3 que establece la posibilidad de que el juez acuerde el cumplimiento de contratos a pesar de la concurrencia de causa de resolución por incumplimiento del deudor; arts. 148.2 y 149.1.1 relativos a la aprobación del plan de liquidación y las reglas supletorias de dicho plan.

³¹ TIRADO, I. en "Reflexiones sobre el concepto de interés concursal (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)", Op. Cit. Pág. 1104 y ss.

³² TIRADO, I. en "Los administradores concursales", Cizur Menor, 2005. Pág. 649.

³³ Para PULGAR EZQUERRA, J. en "Las soluciones al concurso de acreedores: El convenio y la liquidación", en Derecho concursal. Estudio sistematizado de la L 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal. García Villaverde, R. Alonso Ureba, A. y Pulgar Ezquerra, J. directores.

38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ha cambiado la orientación de los fines, incidiendo en su Exposición de Motivos en el mantenimiento de la conservación de la empresa (Exponendo V)³⁴, pero ni se ha abandonado, ni se ha relegado a un segundo plano, la finalidad solutoria del procedimiento concursal³⁵.

Si la finalidad del concurso es una finalidad solutoria y su presupuesto objetivo es, como hemos visto, la situación de insolvencia del deudor común, en el sentido de impotencia patrimonial o de cumplimiento regular de las obligaciones, al final del proceso concursal deberíamos encontrarnos en una situación en la que esa situación de insolvencia hubiese sido superada. En este marco el concurso sería el instrumento jurídico establecido por el legislador para solucionar la situación de insolvencia del deudor común, mediante el pago ordenado de los créditos de sus acreedores, permitiéndole en ocasiones estar en condiciones de reanudar normalmente su vida económica una vez cumplidas sus obligaciones.

Ahora bien, ese objetivo primordial del concurso que es la satisfacción de los acreedores no siempre se puede alcanzar en su integridad, siendo no solo posible, sino aún más frecuente que, iniciado un procedimiento concursal, al final del proceso, los acreedores no hayan cobrado la totalidad de su crédito, sino tan solo una parte del mismo o incluso que no perciban cantidad alguna. Aún así, en muchos de esos casos, y por diferentes vías que analizaremos a continuación, el deudor puede quedar liberado definitivamente de sus deudas y, de este modo, el concurso habrá servido a su finalidad de superar la situación de insolvencia del deudor concursado, lo que en última instancia nos lleva a reflexionar sobre los mecanismos que conducen al resultado final de la exoneración del pasivo insatisfecho.

Estos instrumentos pueden tener por objeto la exoneración del pasivo insatisfecho por el deudor en caso de insolvencia, con independencia de que la

Madrid, 2003. Pág. 485 el criterio de conservación debe ser el de la recuperabilidad económica que deberá valorar el órgano jurisdiccional.

³⁴ En este sentido GUTIÉRREZ GILSANZ, A. en “La reforma del convenio concursal”. Op. Cit. Pág. 78.

³⁵ Como afirma BISBAL MENDEZ, J., “Leyes concursales o Derecho concursal”. Diario La Ley, Nº 7714/ 2011, el principio de conservación de la empresa cambia de rango y pasa a tener un efecto interpretativo claro.

consientan o no los acreedores, pues la liberación o exoneración de la deudas tiene su fundamento directamente en la Ley. Son los mecanismos propios de exoneración de deudas o de “*discharge*”, en terminología anglosajona, que existen en la generalidad de las legislaciones de nuestro entorno jurídico europeo y norteamericano en beneficio del deudor persona física y que, recientemente mediante la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se han introducido legalmente en nuestro modelo.

A simple vista este beneficio pudiera parecer una abierta contradicción con la consecución del fin primordial del concurso de satisfacer el interés económico de los acreedores, dando lugar su regulación a una aparente paradoja normativa. Desde esta perspectiva parece lógico pensar que, si se postula aquella liberación, esto se hace a costa de los acreedores, quienes estarían renunciando de forma involuntaria a sus legítimas pretensiones económicas, haciéndoles copartícipes y corresponsables de los efectos negativos de la actividad económica del concursado. Sin embargo, como veremos, ello no tiene porque ser siempre así³⁶.

La composición de intereses jurídicos en el marco de la insolvencia de la persona física y el correlativo principio de responsabilidad patrimonial universal ex art. 1911 CC es compleja, habiéndose ofrecido normativamente diversas soluciones. La primera es la autorregulación o reconducción del problema al ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes, facilitando mecanismos de autocomposición extraconcursales. Esta solución no está exenta de dificultades, pues, normalmente, las relaciones entre las partes son asimétricas, encontrándonos, de una parte, que en principio disfruta de una posición jurídica fuerte que es la representada por los acreedores y de otra el deudor que, en principio, por la situación económica de insolvencia a la que el concurso de acreedores se conecta poco puede ofrecer, asumiendo una posición débil, dificultando esta situación enormemente la consecución del acuerdo.

³⁶ RUBIO VICENTE, P.J. “A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso”. RcP. La Ley nº 6/2007. Pág. 139.

Otra posibilidad normativa estriba en incluir la solución a la eventual insolvencia del deudor en el propio contrato por medio de lo que se han venido a llamar contratos inclusivos (solución contractualista a la insolvencia del deudor común). Un contrato inclusivo combinaría dos elementos aparentemente contradictorios la igualdad de acceso y la distribución del riesgo social para todos los miembros de la sociedad, pudiendo definirse como aquel que introduce en el contrato individual un elemento colectivo, referido a normas, valores morales y derechos extrínsecos al contrato particular, e independientemente de las partes que implícitamente o explícitamente se refieren a ello³⁷. En aquellos supuestos en que los proveedores de bienes y servicios o los acreedores financieros no estuvieran interesados en incluir esas cláusulas, debería ser el legislador quien introdujese dichas cláusulas o el juez quien las interprete con arreglo a las exigencias de la buena fe; pudiendo asumir en este marco las asociaciones de consumidores un papel relevante pudiendo presionar a fin de que se asuman esas buenas prácticas³⁸. En cualquier caso, esta modalidad contractual, de introducción paulatina, todavía no está implantada de modo general, ni puede dar soluciones a todos los problemas que plantea el concurso de la persona física, en particular a la perseguida superación de su situación de insolvencia.

La exoneración o liberación de deudas se configura así como un último recurso, limitándose a asumir una situación fáctica: esas deudas, como se constata en la realidad, en un elevado porcentaje de supuestos no se van a pagar nunca, evitando la referida liberación de deudas la marginación y, en su caso, “*exclusión social*” que la subsistencia del principio de responsabilidad

³⁷ REIFNER, U.: “Thou shall pay thy debts. Personal bankruptcy law and inclusive contract law” en NIEMI-KIESILAINEN, J., RAMSAY, I, WHITFORD, W. “Consumer Bankruptcy in global perspective”. Hart publishing. Portland 2003. Pág. 194 y ss.; REIFNER, U. y FORD, J.: “Banking for People: Consumer debts and unemployment in Europe”. National Reports. Berlín/New York, 1992.

³⁸ Así, nociones como las de crédito responsable, recogida en diversos preceptos de nuestra legislación, como el art. 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio de contratos de crédito al consumo, que traspone la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, relativa a los Contratos de Crédito al Consumo, serían manifestaciones de esta tendencia. Otro ejemplo sería el Código de buenas prácticas recogido en el RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que luego analizaremos, al que, a pesar de su carácter voluntario, previsiblemente se adherirán la totalidad de las entidades dado el coste ético mediático que conllevaría la no adhesión.

patrimonial universal puede comportar para el deudor permitiéndole un “*fresh start*”, esto es, un nuevo comienzo con el fin de intentar recomponer su vida económica.

No obstante hay que resaltar que la asunción de los principios de política jurídica subyacentes a la exoneración del pasivo no constituye cuestión pacífica, no habiendo estado su implantación exenta de críticas. De un lado se invoca el riesgo de crear la figura del deudor o concursado profesional, oportunista, que consciente de la posibilidad de liberar sus deudas, asuma un endeudamiento desmesurado, sabiendo que no lo va a saldar. De otro se calibra y valora el impacto negativo que una medida de este tipo podría producir en el mercado crediticio imputando a esta figura un efecto expropiatorio del derecho de los acreedores, aludiéndose también en última instancia al efecto desincentivador que una hipotética liberación de deudas podría producir en las soluciones convencionales al concurso (convenio concursal).

Sin embargo, hay que resaltar que la exoneración de deudas, por sí misma, no debe implicar que los deudores asuman comportamientos irresponsables o que se produzca un incumplimiento generalizado de la satisfacción de los créditos. Al contrario, en los ordenamientos jurídicos en los que existe esta figura, la concesión del beneficio va vinculada a la concurrencia en el deudor de la condición subjetiva de la buena fe estructurándose en torno a la figura del “*deudor honesto pero desafortunado*”, “*conditio sine quae non*” en orden a superar el test de buena conducta y, en consecuencia, acceder a la liberación. Además, si el deudor honesto es consciente de que solo siendo escrupuloso en el cumplimiento de sus obligaciones, no solo materiales, sino también formales, puede beneficiarse de la exoneración de las deudas, se cuidará de observarlas y acudirá en tiempo hábil al concurso procurando su declaración temprana. Por el contrario, la inexistencia de beneficio exoneratorio para el deudor puede producir el efecto contrario, pues consciente de que haga lo que haga va a quedar responsable de las deudas pendientes evitará la declaración de concurso o demorará en exceso su apertura, lo que dificultaría o, en su caso, impediría cualquier solución negociada, condenando a los

acreedores a satisfacerse con lo que resulte de una liquidación residual generalmente insuficiente para que el deudor satisfaga sus obligaciones³⁹. Tampoco debe olvidarse que, en orden a evitar abusos, los sistemas que reconocen este derecho establecen una limitación temporal a su concesión, de tal modo que reconocida en un procedimiento de insolvencia, no puede reconocerse de nuevo hasta transcurrido un plazo que oscila entre los cinco y diez años⁴⁰.

En relación a la incidencia de esta figura en el mercado de crédito, no debería conllevar, en principio, un efecto negativo, pudiendo ejercer un “*influjo neutro*”, cuando no positivo⁴¹, téngase en cuenta que, en la mayoría de los casos, con o sin liberación, el deudor va a verse imposibilitado de pagar sus deudas. Por el contrario, la alternativa de una futura exoneración del pasivo tras la concesión del crédito estimulará un comportamiento más responsable en la concesión del mismo. La liberación de deudas, por otro lado, hace a las entidades de crédito copartícipes de los efectos derivados de las situaciones de sobreendeudamiento que, en ocasiones, y sobre todo durante el “*boom crediticio*” las mismas han contribuido a generar⁴². Estos argumentos permiten superar cualquier imputación acerca del carácter expropiatorio de esta figura pues su fundamento de política jurídica no residiría en su configuración como sanción legal, sino en su efectiva compatibilidad fáctica y teórica sin merma alguna de los legítimos derechos de los acreedores. Como se ha sostenido por un sector doctrinal⁴³, frente al indiscutible riesgo de impago generalizado derivado del retraso consciente en la solicitud de declaración de concurso por el deudor o la utilización de testaferros en el ejercicio de su actividad

³⁹ RUBIO VICENTE, P.J.: “La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo: a propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas (asunto 671/2007-C 4, concurso sección 1ª)”. RcP, La Ley nº 14/2011. Pág. 244.

⁴⁰ Requisito que, sin embargo, como veremos en el apartado correspondiente del presente estudio, no se contempla en nuestra Ley Concursal.

⁴¹ RUBIO VICENTE, P.J.: “La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo: a propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas (asunto 671/2007-C 4, concurso sección 1ª)”. Op. Cit. Pág.238.

⁴² *Ibidem*. Pág.238.

⁴³ RUBIO VICENTE, P.J. “A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso”. Op. Cit. Pág.140.

económica, la garantía de mayor cobro derivado de la solicitud tempestiva o cumplimiento de la obligación legal en este sentido a cargo del deudor, a las que se puede y se debe subordinar como estímulo la concesión de este beneficio, así como la eventual determinación de un plazo de cesión de rentas disponibles del deudor a favor de los acreedores y la satisfacción de un porcentaje mínimo del importe de los débitos para poder acogerse al mismo, asegura a los acreedores la satisfacción al menos parcial de sus créditos, lo que de otro modo resultaría sumamente incierto.

Otro argumento utilizado en contra del mecanismo de exoneración de deudas es el relativo a la posibilidad de que esta figura impida que se alcancen convenios, ya que el deudor preferirá la liberación de deudas que alcanzar un convenio con sus acreedores⁴⁴. Sin embargo, no debe olvidarse que para el deudor persona física, sobre todo el que no realiza una actividad económica, es muy difícil alcanzar un convenio con sus acreedores, entre otros motivos, porque la mayoría de ellos son acreedores profesionales (acreedores financieros, generalmente hipotecarios) que gozan de suficientes garantías para no tener necesidad de alcanzar acuerdo alguno con su deudor. Por otra parte, la subsistencia para el deudor persona física del principio de responsabilidad patrimonial universal ex art. 1911 CC tras la conclusión del concurso con insatisfacción de pasivo induce todavía más a los acreedores a no alcanzar un convenio, pues saben que tras la conclusión podrán iniciar acciones individuales contra el deudor sobre sus bienes presentes y futuros y que una hipotética mejora de fortuna del deudor les permitirá cobrar un mayor porcentaje de su crédito. Pues bien, la exoneración de deudas, puede permitir invertir esa situación. Los acreedores al ser conscientes de que el concurso de acreedores es la última oportunidad que tienen de cobrar su crédito, bien por la vía del convenio, bien por lo que resulte de la liquidación, serán más proclives a alcanzar un convenio en el que poder negociar las eventuales quitas que

⁴⁴ Así lo entiende FERNÁNDEZ CARRIÓN, C. "El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas". Cizur Menor, 2008. Pág. 148 y ss.

estarán dispuestos a aceptar, evitando así el horizonte de la liberación de deudas y la extinción de su crédito⁴⁵.

No obstante, hay que resaltar que, como se analizará a lo largo del presente trabajo, otros mecanismos, a los que denominaremos “*mecanismos impropios de exoneración de deudas*” también producen un efecto equivalente de exoneración del pasivo insatisfecho, ya sea en un modo indirecto, como es el caso de la extinción de la persona jurídica en caso de conclusión de concurso con pasivo insatisfecho, o en virtud de un instituto jurídico distinto a la “*discharge*”, como es el convenio concursal con quita, que sobre la base de un sustrato negocial, produce un efecto novatorio sobre la deuda originaria (art. 136 LC)⁴⁶.

Como se ha adelantado, a diferencia de lo que acontece con la “*discharge*”, los mecanismos impropios de exoneración de pasivo insatisfecho o bien no tienen un origen legal, o bien el efecto liberatorio no se produce de modo directo. Así, los mecanismos propios de *discharge* tienen siempre un fundamento legal, en tanto que los impropios pueden encontrar su fundamento en un origen convencional, como en el caso del convenio, en el que el perdón de la deuda es negociado entre el deudor concursado y sus acreedores, o si éste se encuentra en un ámbito legal, como acontece en el caso de la conclusión del concurso de la persona jurídica con pasivo insatisfecho, el efecto liberatorio no se produce directamente, sino como consecuencia de la extinción de la persona jurídica. Son estos últimos mecanismos impropios de exoneración del pasivo insatisfecho regulados normativamente en nuestro Derecho los que abordaremos a continuación en primer lugar, para analizar con posterioridad los mecanismos propios de “*discharge legal*” en orden a resaltar la oportunidad y necesidad de su configuración en el modelo español en el que su ausencia, hasta su reciente introducción mediante Ley 14/2013, había

⁴⁵ En este sentido RUBIO VICENTE, P.J.: “La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo: a propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas (asunto 671/2007-C 4, concurso sección 1ª)”. Op. Cit. Pág. 244.

⁴⁶ Se sigue en esta distinción entre mecanismos propios e impropios de exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso a PULGAR EZQUERRA, J., que introduce esta distinción en Concurso y consumidores en el marco del Estado social de bienestar en RcP. La Ley, nº 9. Pág. 65 y ss.

constituido un indeseable elemento de “*forum shopping*” frente a otros ordenamientos de nuestro entorno jurídico.

PARTE SEGUNDA

LOS MECANISMOS IMPROPIOS DE EXONERACION DEL PASIVO INSATISFECHO EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

I.- EL CONVENIO COMO MECANISMO IMPROPIO DE “DISCHARGE” DE PERSONAS FÍSICAS Y JURÍDICAS

1.- CONCEPTO, NATURALEZA Y FINALIDAD DEL CONVENIO CONCURSAL

El concurso de acreedores como procedimiento colectivo que persigue la satisfacción de los acreedores en caso de insolvencia del deudor común puede concluir alternativamente, como hemos adelantado, con un convenio concursal como solución conservativa o con la liquidación como solución liquidativa. Los orígenes remotos del convenio pueden encontrarse en el Derecho Romano⁴⁷, en concreto en el *“Pactum ut Minus Solvatur”*, el cual era celebrado por los acreedores y el heredero llamado cuando la herencia yacente resultaba deficitaria, reduciéndose mediante dicho pacto el importe de los créditos. Sin embargo, en su primera fase de desarrollo, el *“Pactum ut Minus Solvatur”* solamente tenía eficacia frente a los acreedores de la herencia que hubieran votado a favor, siendo inoperante para los ausentes y disidentes. Posteriormente, esta figura se conformó como un *“Pacto de Non Petendo”*, consistente en el acuerdo de la mayoría de los acreedores mediante el que se obligaba a la minoría a condonar una parte de la deuda del deudor una vez que el acuerdo viniera refrendado por el oportuno decreto del Pretor. Además, con el tiempo se estableció la posibilidad de que los efectos liberatorios de este

⁴⁷ Un análisis más detallado de de las diversas instituciones existentes en el Derecho Romano puede verse en IGLESIAS, J, “Derecho romano. Instituciones de Derecho Privado”, Barcelona, 1982; ARÍAS RAMOS-ARÍAS BONET, “Derecho Romano, II”, Madrid, 1986; ALEJANDRE, J.A., “La Quiebra en el Derecho histórico español anterior a la Codificación”, Sevilla, 1970.

pacto se extendiesen al fiador y al codeudor solidario. Cayó en desuso desde que Justiniano admitió la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

Otra institución tendente a favorecer el pago de las deudas era la moratoria, en virtud de la cual el poder imperial romano estableció a favor del deudor común la posibilidad de fijar una espera para el cumplimiento de sus obligaciones frente a la colectividad de sus acreedores con una fórmula rígida, sin libertad negociadora entre las partes, carente, por tanto, de la base convencional que caracteriza, como veremos, a la figura del convenio⁴⁸.

En nuestro derecho histórico⁴⁹ destaca, en el marco de la configuración de convenios en el ámbito de un procedimiento colectivo de insolvencia, el título XV de la Partida V que disponía que *“desamparan los deudores a las vegadas sus bienes, veyendo que no pueden pagar lo que deuen por aquello que hâ, y en las Leyes V y VI se contemplaba la posibilidad, basada en el acuerdo, de que algun deudor de muchos les ruegue que le esperen por el debdo o que le quiten algo”*. La Novísima Recopilación regulaba en el título XXXII, del Libro XI, los juicios de acreedores, alzamientos, quiebras y cesión de bienes y, en la Ley VII, promulgada por Felipe II en San Lorenzo del Escorial por la Pragmática de 18 julio de 1590, se contemplaba la cesión de bienes por el deudor y los compromisos para remisión o espera de sus deudas. A estos acuerdos también se hace referencia en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Comercio de 18 de marzo de 1882, en la que se destacaba la gran utilidad que reportan al quebrado y a sus acreedores los convenios equitativos y justos que ponen término a los procedimientos, siempre costosos y complicados, del juicio de quiebra.

Ahora bien, la función del convenio como instituto solutorio integrado en un procedimiento concursal se encuentra en última instancia condicionada por la propia finalidad del concurso. Así, coincidiendo con lo expresado en el capítulo precedente, en aquellos modelos en los que el concurso tenga una finalidad sanatoria, esto es, se oriente prioritariamente en el procedimiento a

⁴⁸ HÖLDER FRAU, H.A. en “El convenio en la quiebra y en la Ley concursal”, Op. Cit. Pág. 38 y ss.

⁴⁹ Un detallado análisis puede verse en ALEJANDRE, J.A., “La Quiebra en el Derecho histórico español anterior a la Codificación”. Op. Cít.; igualmente, sobre la evolución histórica del derecho concursal ZAMBRANA MORAL, P., “Derecho concursal histórico”. Barcelona, 2001.

sanear, reestructurar o salvar la empresa, el convenio, perseguirá la consecución de dicha finalidad. Sin embargo, se orientará prioritariamente a la satisfacción de los acreedores cuando el concurso persiga prevalentemente una función solutoria, esto es, cuando se oriente primariamente a la satisfacción a los acreedores. Ello no quiere decir que ese sea el único fin del convenio, pudiendo perseguir éste simultáneamente en ocasiones una finalidad sanatoria y a la vez la satisfacción de los acreedores; asimismo, la finalidad solutoria puede ser la finalidad prioritaria de un convenio y, sin embargo, puede contener cláusulas dirigidas al saneamiento de la empresa, resultando, no obstante, evidente que la finalidad esencial del concurso condicionará, en buena medida, cualquier finalidad secundaria del convenio.

En la evolución histórica del derecho concursal la figura del convenio se concibe en un primer momento como una alternativa a la quiebra, siempre que a través del arreglo negociado los acreedores consigan una satisfacción de sus créditos superior de la que obtendrían si se procediera a la realización de los bienes del deudor (acuerdos extrajudiciales). En una segunda fase, el convenio deja de ser solo una alternativa solutoria a la quiebra, para configurarse como una alternativa al propio procedimiento de quiebra, evitándose así su declaración al configurarse como un procedimiento autónomo y alternativo al de quiebra, continuando, no obstante la satisfacción de los acreedores como la finalidad prioritaria del procedimiento (convenios judiciales solutorios de quiebra). El nacimiento de las grandes empresas marca un tercer momento de la evolución del derecho concursal y, en consecuencia, del convenio dado que la crisis de éstas lleva aparejados unos graves efectos y consecuencias que trascienden a los intereses privados de los acreedores en el estricto marco de la autonomía de la voluntad de las partes. En efecto, en este marco se ven afectados intereses públicos que justifican el abandono de la visión privatística de los convenios concursales tal y como venían concibiéndose hasta ese momento surgiendo así las limitaciones a la autonomía de la libertad de las partes ex art. 1255 CC e incorporándose la reorganización de la empresa como fin de política jurídica perseguido a través de los procedimientos concursales. Esta tendencia conservativa y reorganizativa seguirá expandiéndose progresivamente con la intención de beneficiar no sólo a las grandes empresas

sino también a todas las organizaciones empresariales con independencia de su tamaño⁵⁰. En la actualidad, no obstante, puede sostenerse que en la generalidad de modelos de derecho comparado el derecho concursal sigue siendo un modelo mixto, en el que la satisfacción de los acreedores aparece como finalidad prioritaria del procedimiento de insolvencia, pero no como contrapuesto a la finalidad de conservación de la empresa, si bien ésta se vincula a la viabilidad⁵¹.

En este contexto, se aprecian nuevas tendencias en el derecho comparado en relación a los convenios que puedan alcanzarse entre deudor y acreedores como vía de composición de intereses. Por un lado, se advierte el incremento en la práctica y en algunos modelos de derecho comparado una tendencia a la introducción de mecanismos que incentivan los acuerdos extrajudiciales insertos en el marco de la autonomía de la voluntad ex art. 1255 CC en detrimento del clásico convenio judicial, eliminando en la medida de lo posible las formalidades y limitándose en algunos modelos de derecho comparado la intervención judicial a la fase final del procedimiento, mediante la homologación del acuerdo, y en algunos otros momentos puntuales. Se pretende así dotar de mayor protagonismo e implicación a los acreedores, en la consecución de un acuerdo con diversas soluciones. Por otro lado progresivamente el clásico y tradicional convenio concursal, expresión del acuerdo entre el deudor y la colectividad de sus acreedores, está siendo sustituido por el plan de viabilidad y, en algunos modelos aún más por el denominado “Plan de reestructuración” como nuevo instrumento a través del cual articular la solución negociada a la crisis empresarial. En este sentido el plan podría definirse como un instrumento de reorganización empresarial, aceptado por la mayoría de los acreedores y aprobado por el juez, que tiene por principal objeto el saneamiento de la empresa a través de la adopción de

⁵⁰ ZABALETA DÍAZ, M. “El principio de conservación de la empresa en la Ley concursal”, Op. Cit. Pág. 138 y ss.

⁵¹ GONDRA, J.M. en “Reflexiones en torno a la “funcionalidad” del sistema proyectado” en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, año 1985 nº 8 extraordinario dedicado a “Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal”. Pág. 152 y ss.; PULGAR EZQUERRA, J. en “La reforma del Derecho concursal comparado y español (Los nuevos institutos concursales y reorganizativos)”. Op. Cit. Pág. 31 y ss.

las medidas necesarias, principalmente de carácter financiero y/o estructural, que permitan su recuperación económica⁵².

Como manifestación del primero de estos fenómenos nos encontramos con el modelo adoptado por el legislador francés, que desde 1984 optó por la regulación a nivel jurídico positivo del marco extrajudicial de composición de las crisis económicas, inicialmente a través de la figura del “*règlement amiable*” y que posteriormente ha evolucionado en el nuevo procedimiento de la “*conciliation*”⁵³. Por su parte, la reforma italiana del año 2006 ha reducido considerablemente la intervención judicial y flexibilizado el “*concordato preventivo*” y ha introducido nuevos institutos y, en particular, el “*accordi di ristrutturazione dei debiti*”, que debe acompañar al “*concordato preventivo*” y que permite la homologación de acuerdos extrajudiciales tendentes a reorganizar el pasivo del deudor, siempre que vaya acompañado del consentimiento de acreedores que representen, al menos, el sesenta por ciento de los créditos, junto a un informe sobre la viabilidad del acuerdo y su idoneidad para garantizar el pago al resto de acreedores⁵⁴. De la segunda de las tendencias enunciadas, esto es de la progresiva coexistencia y, en ocasiones, sustitución del convenio concursal por el plan, sería un buen ejemplo el plan de insolvencia alemán que se distancia del convenio propio del viejo derecho derogado, asumiendo la nueva figura una función esencialmente reorganizativa⁵⁵. En modo paralelo en el modelo francés los procedimientos de “*redressement judiciaire*” se articulan no tanto en torno a un convenio cuanto a un plan de reorganización. En esta línea puede señalarse que también el “*concordato preventivo*” italiano puede contener, dada su amplitud de

⁵² ZABALETA DÍAZ, M. “El principio de conservación de la empresa en la Ley concursal”, Op. Cit. Pág. 141 y 144.

⁵³ SAINT-ALARY HOUIN, C. “La prevención de las crisis económicas en el Derecho Francés”. Op. Cit. Pág. 208 y ss. PEROCHON, F. “El nuevo Derecho Francés de empresas en dificultades surgido de la Ley de 26 de julio de 2.005 de salvamento (Sauvegarde) de las empresas” Op. Cit. Pág. 83.

⁵⁴ BONFATTI, S. “El desarrollo de la reforma de Ley de quiebras en Italia y la disciplina de los procedimientos de composición negocial de la crisis de empresa”. RcP. La Ley nº 3/2005. Pág. 365 y ss. AMBROSINI “Gli Accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge Fallimentare: prime riflessioni”. Il Fallimento, nº 8/2005. Pág. 949 y ss.

⁵⁵ SCHMIDT, K. “Fundamentos del Nuevo Derecho Concursal Alemán- la ley alemana de insolvencia de 1994 (InsO)-“ Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001. GARCÍA VILLAYERDE, R., ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J. Dir. Madrid, 2002. Pág. 15 y ss.

contenido, propuestas dirigidas a reorganizar la empresa, medidas que a través del plan podrían también constituir contenido del “*concordato fallimentare*”.

En nuestro derecho ya vimos que la finalidad asignada a los procedimientos concursales ha sido tradicionalmente una función solutoria, aunque sin descartar una dimensión sanatoria instrumental que coexistiría con su finalidad solutoria primaria⁵⁶, encomendándose así mismo hasta la actualidad esta función esencialmente solutoria también al convenio concursal. A esta idea respondía el contenido de los convenios solutorios de quiebra insertos en el procedimiento de quiebra ya declarado (artículo 898 del código de comercio de 1885) y los convenios preventivos propuestos en un momento anterior al de la declaración de quiebra (artículos 870 a 873 del código de comercio en 1885 y ley de suspensión de pagos de 26 de julio de 1922) que en nuestro derecho han recibido la denominación de suspensión de pagos desde las Ordenanzas del Consulado de Málaga el 30 de junio de 1825 y que posteriormente ha sido mantenida en el Código de Comercio de 1885, así como en la Ley de Suspensión de Pagos de 1922⁵⁷.

Esta finalidad solutoria se mantiene en la vigente ley concursal que sobre la base del principio de unidad procedimental por el que se optó y que subsiste, aún cuando con matizaciones, no obstante las sucesivas reformas de que ha sido objeto esta Ley no regula como instrumentos procedimentales autónomos los convenios preventivos, pudiendo plantearse y alcanzarse el convenio en el seno de un concurso de acreedores ya declarado, coincidiendo su finalidad con la finalidad principal del procedimiento concursal, esto es, la satisfacción de los acreedores⁵⁸. No obstante, ello no conlleva que el legislador renuncie a que el convenio como solución negociada al concurso desempeñe también una finalidad conservativa de la empresa y de su actividad si bien ello

⁵⁶ GONDRA, J.M. en “Reflexiones en torno a la “funcionalidad” del sistema proyectado”, Op. Cit. Pág. 157.

⁵⁷ ALEJANDRE, J.A., “La Quiebra en el Derecho histórico español anterior a la Codificación”, Op. Cit. Pág 152 y ss.

⁵⁸ PULGAR EZQUERRA, J. en “Comentarios a la Ley Concursal”, Madrid, 2004. Pág. 981.

debería vincularse a la viabilidad de la empresa, lo que no siempre ha acontecido ni acontece en nuestros textos legales⁵⁹.

De este modo, podemos definir el convenio como un negocio jurídico fundado en el acuerdo de voluntades entre el deudor y la colectividad de los acreedores, sancionado por la autoridad judicial (homologación), y que tiene por objeto la satisfacción de los acreedores por procedimiento diverso de la liquidación⁶⁰.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, refiriéndose al convenio en la quiebra, se pronunció en el mismo sentido mediante Sentencia de 27 de Febrero de 1993 al señalar que el convenio *“supone un acuerdo de voluntades entre aquél (deudor) y la masa de los acreedores concurrentes al juicio universal para la satisfacción de sus créditos mediante la liquidación de su haber patrimonial por procedimiento diverso al juicio de quiebra y que es sancionado por la autoridad judicial que actúa así como controlador de su legalidad”*.

Por lo tanto, podemos destacar tres notas características en el convenio judicial concursal⁶¹:

- Es un acuerdo mayoritario de masa, adoptado mediante un acuerdo mayoritario, estableciéndose en el art. 124 de la Ley concursal que: *“Para que se considere aceptada por la junta una propuesta de convenio será necesario el voto favorable de, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando la propuesta consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos

⁵⁹ Crítico con la capacidad del convenio concursal como instrumento para la reorganización empresarial se muestra GONDRA, J.M. en “Convenio y reorganización en la nueva Ley Concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada”, Op. Cit. Pág. 4598 y ss, destaca como el sobrio régimen legal previsto para el convenio en la nueva Ley, resulte a juicio del citado autor, insuficiente para encauzar un proceso de reorganización de una empresa, con los problemas típicos que este tipo de procesos plantea en relación, al menos, con empresas de cierta significación económica y social.

⁶⁰ GARRIGUES, J., en “Curso de Derecho Mercantil, II,” 8ª Ed. Madrid, 1983. Pág. 497.

⁶¹ HÖLDER FRAU, H.A. en “El convenio en la quiebra y en la Ley concursal”, Op. Cit. Pág. 87 y ss.

con quita inferior al veinte por ciento, será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo ordinario superior a la que vote en contra”.

Su carácter como convenio de masa determina que el convenio aceptado por los acreedores y aprobado por el juez vincule a quienes votaron en contra, no votaron e incluso a quienes por cualquier causa no hayan sido reconocidos en el concurso (art. 134 LC).

- Requiere de la homologación judicial, mediante la aprobación por parte del Juez del concurso, tal y como se establece en la Sección 6ª del Capítulo Primero del Título V de la Ley Concursal (arts. 127 a 132), conectándose a dicha homologación los efectos propios del convenio concursal (art. 133 LC).

- La firmeza de la resolución judicial declarando el cumplimiento del convenio y no la mera aprobación judicial del mismo, constituye un modo de terminación del procedimiento concursal, tal y como establece el art. 176.1.2.

Definido y caracterizado el convenio concursal, debe ser analizada su naturaleza jurídica. Ya en la Exposición de motivos de la Ley Concursal en su apartado VI se alude a la naturaleza comercial del convenio concursal al considerarlo solución normal y, en principio, prioritaria que se quiere dar al concurso, incentivándose en la Ley con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de las partes ex art. 1255 CC goza de un gran margen de actuación. El convenio concursal constituye, así, un negocio jurídico bilateral que se integra por la propuesta del concursado o de sus acreedores, por la aceptación de los destinatarios de la misma, según la ley de las mayorías, y por la aprobación del Juez, a través de la que se ejerce un control de legalidad, y que regula, con medidas de arreglo del pasivo, esto es, quitas y/o esperas, o, en su caso, con medidas alternativas, las relaciones de obligación que unen a las partes, con una eficacia novatoria⁶². El convenio, además en nuestro modelo y en una de sus tramitaciones (tramitación ordinaria, arts. 111 y ss LC) se identifica con una de las fases de procedimiento

⁶² FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R., en “El convenio en el concurso de acreedores”, Cuadernos de Derecho Judicial “La nueva Ley Concursal” nº XVIII, 2003. Pág. 464.

concurso, que sigue a la fase común del concurso y constituye una alternativa a la liquidación, con la que comparte, sin embargo, como analizaremos más adelante, la sección 5ª.

La naturaleza jurídica del convenio concursal plantea interesantes cuestiones doctrinales, dada la complejidad del negocio jurídico que constituye su base. Así, nos encontramos ante un acuerdo de voluntades entre deudor y acreedores, que disciplina, en un segundo grado y con efectos novatorios, las relaciones de crédito que les vinculan. Ese efecto se produce, como se ha adelantado, aunque no estén conformes todos los interesados, vinculando a la totalidad de los mismos, excepto a los acreedores privilegiados, a menos que también hubieran intervenido en la formación de la voluntad mayoritaria mediante su voto favorable u adhesión a la propuesta. Ello conlleva una superación del tradicional principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC) que se produce en un procedimiento judicial y exige, en todo caso, la aprobación judicial como requisito y presupuesto necesario para su eficacia.

Así mismo, parte de la complejidad del convenio deriva del hecho de que en él conviven elementos de carácter sustantivo y otros netamente procesales, lo que ha motivado que las posiciones doctrinales se sistematicen en torno a dos grandes grupos según se destaque el aspecto consensual o la aprobación judicial. De este modo, la doctrina coincide al señalar que las teorías que se han formulado sobre la naturaleza jurídica del convenio se dividen en dos grandes grupos: las teorías contractualistas y las procesalistas dependiendo de si se incide en el aspecto contractual o procesal del convenio. En cambio, los posicionamientos doctrinales más recientes hablan también de un tercer grupo de teorías: las tesis eclécticas⁶³. A continuación, analizamos brevemente las tesis más relevantes⁶⁴.

En relación al convenio en la quiebra, un sector de la doctrina configuraba éste instituto sobre la base de la denominada “*tesis contractualista*”

⁶³ Así, vid. Por todos GARCÍA VILLAVARDE, R. en “Convenio de la quiebra”, en EJB, Volumen I, Madrid 1995. Pág. 1693.

⁶⁴ Un análisis más detallado de las diversas teorías acerca de la naturaleza jurídica del convenio puede verse en HÖLDER FRAU, H.A. en “El convenio en la quiebra y en la Ley concursal”, Op. Cit. Pág. 87 y ss., así como en SALA REIXACHS, A. en “Nueva Ley Concursal”, SALA, A., MERCADAL, F. y ALONSO-CUEVILLAS, J. coord. Barcelona, 2004. Pág. 467 y ss.

el convenio como una realidad contractual, ya que las dos partes, deudor y acreedores, mediante esta vía crean, modifican o extinguen las relaciones de obligación que les vinculan⁶⁵. La homologación judicial constituye, bajo esta interpretación, una “*conditio iuris*” o presupuesto externo de eficacia y, en todo caso, una mera exigencia formal que no afecta a la sustancia de lo convenido, siendo lo determinante que las dos partes se hayan puesto de acuerdo en la reglamentación de sus propios intereses. El sometimiento de la minoría a lo decidido por la mayoría se explica como un efecto directamente establecido por la Ley, dado el carácter del convenio como acuerdo de masa. No obstante, dentro de esta tendencia pueden diferenciarse diversas posiciones doctrinales, entendiéndose en ocasiones el convenio como un contrato propiamente dicho, y en otras como un negocio jurídico distinto del contrato, de estructura plurilateral, esto es, propiamente, un acuerdo.

De otro lado, bajo la denominada “*tesis procesalista*” otro sector de la doctrina ha entendido que el convenio es una institución de Derecho procesal – un procedimiento–, cuya eficacia vinculante para todos los acreedores deriva, no del acuerdo de voluntades sino de la resolución judicial por la que se aprueba u homologa lo acordado por los interesados⁶⁶. Ello explica, según los partidarios de esta tesis, que queden vinculados los ausentes y quienes hubieran votado en contra de la propuesta, lo que sería inadmisibles según la dogmática de los contratos, caracterizados precisamente por la relatividad de sus efectos ex art. 1257 CC. Dentro de esta tesis, un sector doctrinal entiende que el convenio es una transacción judicial y, por tanto, la fuerza vinculante erga omnes del convenio se explica por el hecho de que es un negocio de derecho público en el que interviene la autoridad judicial.

⁶⁵ Esta tesis, con diversas matizaciones, ha sido por la que se ha decantado la mayor parte de la doctrina española, pudiéndose citar entre otros a GARRIGUES, J., en “Curso de Derecho Mercantil, II,” 8ª Ed. Madrid, 1983. Pág. 497; BROSETA, M., “Manual de Derecho Mercantil”, Madrid, 1.983. Pág. 760; SÁNCHEZ CALERO, F., “Instituciones de Derecho Mercantil, V. II”, Madrid, 2002 Pág. 478; VICENT CHULIÁ, F., “Compendio Crítico de Derecho Mercantil, II”, Barcelona, 1990, Pág. 901 y ss.; PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., “Cuestiones en torno al convenio de la quiebra”, en Estudios en Homenaje al profesor Rodrigo Uría, Madrid, 1.978. Pág. 532; YANES YANES, “La reapertura de la quiebra”, Valladolid 1992. Pág. 136.

⁶⁶ A esta tesis se adscriben entre otros GUASP, J., “Derecho procesal civil”, Madrid, 1968, Pág. 308. MAJADA, A., “Manual de concurso, suspensión de pagos y quiebra”. Barcelona, 1975, Pág. 267 y ss.; SALA REIXACHS, A., “Las causas de impugnación al convenio en la Suspensión de Pagos”, Barcelona, 1988, Pág. 30; GOXENS DUCH, A., “Suspensión de pagos y quiebras”, Madrid, 1950, Pág. 233.

No obstante, ninguna de las tesis expuestas, considerada aisladamente permite dar una respuesta adecuada a las cuestiones que se plantean en torno al convenio concursal. En este sentido y respecto de la tesis contractualista son dos las objeciones fundamentales que se han planteado⁶⁷: De un lado la necesaria aprobación del juez, que efectúa un control de legalidad del contenido del convenio es ajena a la génesis de los actos de reglamentación de los propios intereses privados, en qué consisten los contratos, erigiéndose en un requisito que va más allá de la mera “*conditio iuris*”; de otro lado la extensión de la eficacia vinculante del convenio a quienes no lo han consentido constituye una excepción a la teoría general del contrato, que, como negocio jurídico, se caracteriza por ser un acto de autorregulación de los propios intereses. Tampoco deben desdeñarse las limitaciones que el legislador establece en el marco normativo regulador en nuestro Derecho del concurso de acreedores al contenido del convenio en los arts. 100.1 y 3 y 101.1 LC.

Pero tampoco está exenta de reparos la tesis procesalista, ya que la aprobación judicial no sustituye a la reglamentación de intereses, que crean, exclusivamente y en ejercicio de sus autónomas voluntades, las partes del convenio, siendo solo éstas las que pactan el contenido del convenio⁶⁸. Por otra parte, la figura de la transacción se acomoda poco al convenio concursal, ya que aquella, según el art. 1809 CC es un contrato por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada uno alguna cosa, evitan la iniciación de un pleito, o ponen fin al que habían comenzado. Sin embargo, el convenio no pone fin al procedimiento concursal, dado que solo el auto que declara su cumplimiento conlleva la terminación del proceso (art. 176.1.2 LC). Por otra parte la transacción homologada judicialmente produce el efecto de cosa juzgada (arts. 181 CC, 19 y 415.2 LEC) y, en consecuencia, el incumplimiento conlleva la posibilidad de pedir el cumplimiento por la vía de apremio. Por el contrario el incumplimiento del convenio no comporta la exigencia de su

⁶⁷ FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R., en “El convenio en el concurso de acreedores”, Op. Cit. Pág. 467.

⁶⁸ *Ibídem*.

cumplimiento forzoso, sino su rescisión y la apertura de la fase de liquidación, pues así lo establecen los arts. 140.4 y 146.1.5 LC⁶⁹.

Estas objeciones llevaron a otro sector de la doctrina a considerar al convenio como un *“negocio jurídico sui generis”*⁷⁰, de estructura plurilateral, y con efectos normalmente obligatorios, que en su proyección sustantiva es similar a los acuerdos por los que se rige la actividad asociativa, pero con una naturaleza mixta, como consecuencia de su componente procesal indudable, siendo esa la posición que ha seguido nuestra jurisprudencia. Así, la Sala 1ª del Tribunal Supremo en sentencia de 4 de junio de 1966, con cita de la de 30 de mayo de 1959, y en relación con la suspensión de pagos, declaró que: *“el convenio es un negocio jurídico sui generis, ya que se asemeja a los de naturaleza contractual, porque nace de un concierto de voluntades en torno a una proposición que se acepta y puede implicar una transacción, pero que no puede decirse que se asimile totalmente a un negocio privado, pues si, en su génesis, concurren factores de esa índole, la institución acusa un matiz de marcado carácter público, revelado ante todo por la intervención judicial, que pese a lo limitado de sus facultades, reviste a lo otorgado de fuerza general vinculante fiscalizándose de otro lado a través de ésta el cumplimiento de las exigencias formales y materiales que en lo humano aseguran la seriedad del acuerdo en aras de procurar, como fin más trascendente, la igualdad de condición de los acreedores no privilegiados”*.

Esta postura en la jurisprudencia no ha sido, sin embargo, uniforme y, en este sentido, la sentencia de 18 de noviembre de 1997 destacó la naturaleza transaccional del convenio logrado en la quiebra, tras recordar que: *“no obstante, las discrepancias doctrinales que a este propósito se suscitan en el ámbito doctrinal, tanto extranjero como nacional, una línea de arraigada tradición en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido la de propugnar esta equivalencia, razón por la que, como tal contrato procesal, equiparado a efectos jurídico materiales a la transacción, ha de aplicarse al mismo el art.*

⁶⁹ GARCÍA VILLAVARDE, R. en “Convenio de la quiebra”, Op. Cit. Pág. 1693 y ss.

⁷⁰ LÓPEZ CURBELO, J. en “El convenio concursal. Especial referencia a su contenido” en Libro Homenaje a Manuel Olivencia. Tomo IV, Madrid 2005. Pág. 4604.

1816 del Código Civil que reconoce el valor de autoridad de cosa juzgada que tiene para las partes la transacción judicial”.

Una postura ecléctica parece asumir la Sala 1ª del Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de Enero de 1997 al señalar que el acuerdo del suspenso con los acreedores se configura como institución integrada por factores contractuales (de interés privado) y procesales (de interés público), por lo que los primeros están sujetos a las normas del Código Civil reguladoras de los contratos, rigiéndose su contenido por el principio de autonomía de la voluntad consagrado en el citado artículo 1255, permitiendo ello a los acreedores y al suspenso pactar las cláusulas que tengan por conveniente para terminar la suspensión de pagos, con las limitaciones impuestas en el mencionado precepto.

Por su parte la Dirección General de Registros y del Notariado en resoluciones de 27 de noviembre de 1974 y de 28 de enero de 1987, ha entendido que el convenio entre deudor y acreedores admite un contenido amplio, expresivo de la autonomía privada, que preside este tipo de negocios jurídicos, tendiendo una naturaleza propia y específica, siendo considerado como un negocio jurídico complejo.

En síntesis, podríamos concluir que la concepción predominante entre nuestra doctrina y jurisprudencia es aquella que afirma la naturaleza mixta o sui generis del convenio, como consecuencia del doble carácter del mismo: por una parte, privado-contractual y por otra, público-procesal, pero con preeminencia de la naturaleza contractual⁷¹.

Sobre la base de lo expuesto y a la vista de la regulación que del convenio se hace en la Ley concursal, éste constituye, en primer término, un negocio jurídico, esto es quienes dan vida al negocio jurídico (deudor y acreedores) regulan mediante él sus propios intereses y configuran, por sí, sus relaciones jurídicas con los demás, constituyendo, por tanto, en definitiva, un acto o un conjunto de actos que norman los intereses privados de quienes lo celebran. La esencia del negocio radica, en cuanto acto, en que contiene una o

⁷¹ GARCÍA VILLAYERDE, R. en “Convenio de la quiebra”, Op. Cit. Pág. 1693 y ss.; PULGAR EZQUERRA, J. en “Comentarios a la Ley Concursal”, Op. Cit. Pág. 979.

más declaraciones de voluntad y, en cuanto efecto, en que los mismos se producen en el ámbito de la autonomía de la voluntad. Es en esta categoría negocial en la que encaja perfectamente el convenio, en cuando acto, complejo, de autorreglamentación de los intereses de deudor y acreedores⁷².

Pero como se ha visto el carácter meramente negocial del convenio podría cuestionarse sobre la base de algunos aspectos del convenio. De un lado por la necesidad de su aprobación judicial y de otro por las limitaciones a la autonomía de la voluntad derivadas de las prohibiciones establecidas en los arts. 100 y 101 LC, así como por la eficacia vinculante de los efectos del convenio respecto de los disidentes ex art. 134 LC.

En relación a la aprobación judicial del convenio debe tenerse en cuenta que cuando el Juez, en sede de oposición o de oficio, controla la legalidad esencial del convenio, no le cabe más que aprobarlo o rechazarlo (arts. 129.3 y 131.1 LC) y, en su caso, mandar celebrar nueva junta para posibilitar que en ella se subsanen los defectos de que adolece el convenio aprobado (arts. 129.2 y 131.2.3 LC). En este sentido, expresamente se establece en la Ley Concursal (art. 129.1) que el Juez, en ningún caso, podrá modificar el convenio, esto es, alterar el contenido convenido por las partes, lo que, sin embargo, no impide que lo interprete, cuando sea necesario para resolver la oposición formulada, ni que subsane errores materiales o de cálculo de que adolezca. El Juez interpreta e integra la regla negocial, al igual que puede interpretar un contrato, pero no la modifica ni la sustituye, de modo que no es creador de la misma, sino controlador de su legalidad⁷³.

Por tanto, en el modelo español el juez, en ningún caso, puede imponer un convenio, teniendo la “llave” de la adopción de tal solución al concurso el propio deudor quien, al no solicitar la liquidación, posibilita la apertura de la fase de convenio (art. 111.1 LC). Son, por tanto, deudor y acreedores los únicos que, mediante las propuestas y aceptaciones,

⁷² FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R., en “El convenio en el concurso de acreedores”, Op. Cit. Pág. 469.

⁷³ *Ibidem*. Pág. 470. En el mismo sentido CORDÓN MORENO, F. en “La intervención judicial en el convenio” RPJ nº XVIII, especial sobre la Ley Concursal, 2004. Pág. 225.

determinan el contenido de la reglamentación de sus propios intereses (art. 113 LC).

Si se considera que las normas cuya violación justifica el rechazo del convenio por el Juez son imperativas o de *ius cogens* y, por ende, que esa decisión sólo está justificada cuando lo acordado sea absolutamente nulo, por haber infringido dicha reglas, se estará admitiendo que la necesidad de aprobación no priva al convenio de su condición negocial, como expresión de la autonomía de la voluntad dentro de los límites establecidos por la norma. Si no se exigiera la aprobación judicial, el convenio sería igualmente nulo en el caso de que infringiera dichas normas imperativas, ya que esa es la sanción que, como regla, se aplica a la violación de todo *ius cogens*, tal y como establece el art. 6.3 CC⁷⁴.

Las limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC) determinadas por las prohibiciones establecidas, fundamentalmente, en el art. 100 LC, que establece límites a las quitas y esperas o prohíbe pactos que tengan por objeto la cesión en pago o para pago de los bienes a los acreedores o cualquier forma de liquidación global del patrimonio del deudor, tienen por objeto “*moralizar el convenio*” en protección de los derechos de los acreedores. Se intenta así evitar que en la negociación se produzcan manipulaciones entre el deudor y algunos de sus acreedores en perjuicio de las minorías, persiguiéndose, por tanto, evitar los convenios expoliatorios, así como asegurar que el convenio pueda cumplir su finalidad de conservación de la actividad profesional y empresarial del deudor⁷⁵. De otro lado, el legislador puede limitar el ámbito de la capacidad negocial de las partes, y es precisamente en el ámbito de la autonomía de la voluntad contemplado en el art. 1255 del Código Civil, en el que se sitúa el establecimiento de límites legales al contenido del convenio, por lo que la naturaleza negocial del convenio no se ve afectada por la aplicación de límites legales a su contenido⁷⁶.

⁷⁴ FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R., en “El convenio en el concurso de acreedores”, Op. Cit. Pág.470.

⁷⁵ PULGAR EZQUERRA, J. en “Comentarios a la Ley Concursal”, Op. Cit. Pág. 981.

⁷⁶ En este sentido DE LA CUESTA RUTE, J.M., en “El convenio concursal, comentarios a los arts. 98 a 141 de la Ley Concursal”, Cizur Menor, 2004. Pág. 42.

En cuanto a la suficiencia de la voluntad mayoritaria de los acreedores para entender aceptada la propuesta de convenio y, pese a ello, la vinculación a él como convenio de masa de las minorías disconformes, la doctrina ha recurrido a figuras jurídicas como la novación, la transacción, la condonación de deudas y el pactum de non petendo, para explicar la naturaleza jurídica contractual del convenio y justificar el porqué la minoría de acreedores, ausentes y disidentes, queda sometida al convenio concursal. Sin embargo podríamos ver en este efecto la consecuencia de aplicar a la génesis del referido negocio, en el lado de los acreedores, el denominado “*método colegial*”, que se explica, no tanto porque tenga lugar la transformación de la pluralidad de voluntades individuales concurrentes, expresadas mediante el voto, en una voluntad unitaria, la voluntad colectiva, cuanto por tratarse de una excepción tolerable a la esencia del negocio jurídico y común a otros, como los acuerdos sociales, lo que hace del convenio un negocio jurídico especial. El legislador, que persigue una solución consensuada a la crisis que genera toda situación de insolvencia cuando hay pluralidad de acreedores, entiende que, colocados éstos frente al deudor, no cabe una “*solución a la carta*” y acude a la ficción de que “*ex uno latere*” la pluralidad se reduce, mayoritariamente, a unidad⁷⁷.

El convenio se integra por varias declaraciones de voluntad (la propuesta, en su caso, las adhesiones, los votos en favor o en contra de aquella), mediante las que cada declarante exterioriza su voluntad de que se produzca una determinada consecuencia jurídica. Se trata, sin embargo, de un negocio bilateral, ya que en su génesis concurren una dualidad de partes y la contraposición de intereses características de dicho tipo, no alterando esta consideración el hecho de que concurra una pluralidad de acreedores. En este sentido, son dos, realmente, las posiciones o situaciones básicas que pueden ocupar quienes celebran el negocio: o se es deudor o se es acreedor y a esas posiciones se corresponden las posibilidades de ofertar y aceptar. Esa dualidad de partes se advierte claramente cuando quien formula la propuesta de convenio es el concursado (art. 113.1 LC), ya que la misma ha de ser aceptada

⁷⁷ FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R., en “El convenio en el concurso de acreedores”, Op. Cit. Pág. 471. PORFIRIO CARPIO, L.J. “La junta de acreedores (su especial consideración como órgano del concurso)”. Cizur Menor, 2.008. Pág. 76.

por los acreedores, tal y como establece el art. 121 de la Ley concursal, en defensa de unos intereses distintos entre sí, pero contrapuestos a los del proponente. El que la aceptación se entienda producida aunque no la emita la totalidad de aquellos, sino unas determinadas mayorías de los mismos (art. 124 LC) no impide hablar de coincidencia de una oferta con su aceptación, según la génesis propia de los negocios bilaterales consensuales. La particularidad deriva de que, por razones prácticas elementales, las declaraciones de voluntad procedentes del lado de los acreedores están sujetas al método colegial y, al fin, a la ley de las mayorías⁷⁸.

El planteamiento no es tan evidente en el caso de que quien formule la propuesta de convenio no sea el deudor, sino los acreedores (art. 113.1 LC), pues en ese caso la regulación de la tramitación de la propuesta (art. 115 LC) y de la celebración de la junta en la que se producirá la aceptación (art. 121 LC), no contempla la necesidad de que el concursado preste su asentimiento.

Es cierto que la Ley Concursal (art. 117.2), al admitir que el deudor sea representado en la junta por persona facultada para negociar y aceptar convenios, puede hacer pensar otra cosa. Pero, al regular la legitimación para oponerse a la aprobación judicial, la norma (art. 128.3 LC) elimina las dudas, ya que puede deducir tal pretensión el concursado que no hubiera formulado la propuesta aceptada en junta ni le hubiera prestado conformidad. Cabe, pues, que se acepte una propuesta formulada por un acreedor, sin que la consienta el concursado, lo que convierte en discutible la estructura bilateral, antes afirmada, del convenio. No obstante, conforme a las reglas generales, todo consentimiento, excepto aquellos para los que se exijan formas específicas, puede prestarse no sólo mediante declaraciones de voluntad, sino con conductas concluyentes, que pueden ser positivas o negativas. Éstas equivalen a las declaraciones de voluntad cuando, por convicción social o por disposición legal, signifiquen mantener una determinada posición respecto a los intereses afectados. A ello se suma un comportamiento significativo de aceptación, por parte del concursado, que la norma tipifica como aceptación de la propuesta (art. 128.3 LC), cuando no la haya formulado él ni aceptado expresamente en

⁷⁸ FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R., en “El convenio en el concurso de acreedores”, Op. Cit. Pág. 471.

junta, ni se haya opuesto y que se sitúa en la no solicitud de la apertura de la liquidación, esto es, que el deudor no opte por la otra alternativa que se le ofrece (la liquidación), siendo equivalente esa actuación a una aceptación de la oferta. Nos encontramos, por lo tanto, ante un consentimiento tácito, considerándose en el art. 128.3 LC como acto concluyente a estos efectos, de un lado el no solicitar el deudor la apertura de la fase de liquidación; de otro la no oposición del deudor a la aprobación judicial del convenio por cualquiera de las causas previstas⁷⁹.

Por último, el convenio es un negocio jurídico con eficacia novatoria condicionada al cumplimiento del convenio, ya que regula unas relaciones anteriores y produce en ellas un *“effectum iuris novativo”*. Así se establece en la Ley Concursal (art. 136) al disponer que los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio. Aunque esta cuestión será abordada de modo más extenso en otro lugar del presente trabajo, parece necesario abordar ahora, aún cuando sea someramente, las modalidades de tramitación del convenio concursal en nuestro modelo, conectándose a cualquiera de éstas la referida eficacia novatoria del convenio concursal.

2.- TRAMITACIÓN DEL CONVENIO: PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO Y TRAMITACIÓN ORDINARIA

En la Ley concursal no se contiene una clasificación de los convenios, regulándose, no obstante, diversas modalidades de tramitación del convenio en las que se advierten diferencias⁸⁰, siendo, por tanto, más adecuado hablar de “tramitación de propuestas de convenio” y no tanto de clases de convenio. Así,

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ ROJO, A. “El convenio anticipado”. Madrid, 2004. Pág. 22; PULGAR EZQUERRA, J. en “Las soluciones al concurso de acreedores: El convenio y la liquidación”, Op. Cit. Pág. 439 y ss.; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M. en “La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio”, monografía asociada a la RcP, La Ley nº 6/2007. Pág. 198 y 199.

podemos distinguir, atendiendo al momento de su presentación, y el mecanismo de aceptación de los acreedores, entre la propuesta anticipada de convenio y la denominada propuesta ordinaria de convenio, que a su vez contempla una modalidad de tramitación escrita, introducida como novedad por el RDL 3/2009, y otra modalidad con aprobación en junta de acreedores. En relación a la legitimación para la formulación de la propuesta se puede distinguir entre propuesta presentada por el deudor y propuesta presentada por los acreedores.

La propuesta anticipada de convenio (arts. 104-110 LC) constituye una novedad que se introdujo en nuestro modelo en virtud de la Ley Concursal 22/2003, pudiendo ser calificado este convenio como mixto, pues combina la negociación extrajudicial con la posterior tramitación judicial en el procedimiento concursal sobre la base del principio de autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC). La propuesta anticipada de convenio viene regulada en la Sección Tercera del Título V de la Ley Concursal (arts. 104 a 110), si bien existen otras normas que le afectan dispersas por el Título V. Su regulación fue modificada por el Real Decreto Ley 3/2009 de 27 de Marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, en orden a favorecer su utilización. La finalidad de su introducción en nuestro derecho es simplificar y agilizar el procedimiento de adopción del convenio e incentivar la continuación de la actividad pues en su regulación se contiene la posibilidad de superar los límites del art. 100.1 de la Ley Concursal cuando se prevea contar con los recursos que genere la actividad profesional o empresarial para atender al cumplimiento del convenio, sin que sea necesario, como se exige para la tramitación ordinaria, que la actividad tenga especial trascendencia para la economía, cuestión sobre la que nos detendremos más adelante. La propuesta anticipada de convenio resulta especialmente útil es en los casos de insolvencia inminente (art. 2.3 LC), pues en el moderno Derecho concursal, no hay duda de que uno de los instrumentos clave de la lucha contra las situaciones de crisis económica es la anticipación ante el riesgo o amenaza de insolvencia para evitar su

eventual agravamiento⁸¹. Un sector de la doctrina ha resaltado que la propuesta anticipada de convenio constituiría una traslación de la figura del convenio extrajudicial que bajo la cuestionable denominación de “expediente de suspensión de pagos” se recogía en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995⁸². Su aprobación se produce en la propia fase común del concurso, lo que también conllevará un ahorro en el coste temporal y en los gastos del concurso respecto de los actuales procedimientos concursales.

La propuesta anticipada de convenio puede presentarse con la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y hasta, en ambos casos, la expiración del plazo de comunicación de créditos (art. 104.1 LC). El único legitimado para presentar la propuesta es el deudor, tal y como establece el art. 104.LC. Sin embargo, el legislador, sin una razón objetiva que lo justifique, ha visto con recelo esta figura, configurándola inicialmente de manera cuestionable como un instituto de “*favor debitoris*” y prueba de ello es que el art. 105 LC establecía, en su redacción originaria, una lista de prohibiciones que impedían la presentación de propuestas anticipadas de convenio a quienes se vieran afectados por ellas⁸³. Estas limitaciones, que

⁸¹ ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M. en “La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio”, Op. Cit. Pág. 188 y 189.

⁸² GALÁN CORONA, E. en “Consideraciones sobre el convenio anticipado en la Ley Concursal”, en Libro Homenaje a Manuel Olivencia. Tomo IV, Madrid 2005. Pág. 4552.

⁸³ Según el citado precepto no podían presentar propuesta anticipada de convenio aquellos en los que concurriera alguna de las siguientes causas: “1º Haber sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores. En caso de deudor persona jurídica, se dará esta causa de prohibición si hubiera sido condenado por cualquiera de estos delitos alguno de sus administradores o liquidadores, o de quienes lo hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio. 2º Haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales. 3º No figurar inscrito en el Registro mercantil, cuando se trate de persona o entidad de inscripción obligatoria. 4º Haber estado sometido a otro concurso de acreedores sin que a la fecha de la solicitud del que se encuentra en tramitación hayan transcurrido tres años desde la conclusión de aquél. 5º Haber realizado dentro de los tres años anteriores a la fecha de solicitud del concurso alguno de los siguientes actos: a) Disposición de bienes o derechos a título gratuito que exceda de las liberalidades al uso. b) Disposición de bienes o derechos a título oneroso a favor de un tercero o de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado a que se refiere el art. 93, realizada en condiciones que, al tiempo de su celebración, no fueren las normales de mercado. c) Pago de obligaciones no vencidas. d) Constitución o ampliación de garantías reales para el aseguramiento de obligaciones preexistentes. e) Otros actos que hayan sido declarados en fraude de acreedores por

dificultaban la utilización de un instrumento destinado a facilitar una alternativa ágil a la tramitación del concurso, fueron muy criticadas⁸⁴, pues la condición del deudor primaba sobre la solución al concurso, aunque no impedía que ese mismo deudor presentara posteriormente una propuesta ordinaria de convenio. El RDL 3/2009 ha incidido en este punto y ha reducido las prohibiciones del art. 105 LC, aun cuando sin suprimirlas: De un lado, haber sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores. En caso de deudor persona jurídica, se dará esta causa de prohibición si hubiera sido condenado por cualquiera de estos delitos, alguno de sus administradores o liquidadores, o de quienes lo hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio. De otro, haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales. El mantenimiento de estas restricciones, sin embargo, no aporta nada a la tramitación de la propuesta anticipada y sigue siendo un elemento perturbador en orden a su admisión, por lo que, tal vez, hubiera sido deseable su derogación definitiva⁸⁵.

La desconfianza del legislador se manifiesta igualmente en la exigencia de adhesiones de acreedores para la admisión a trámite de la propuesta. Solo pueden admitirse propuestas que podríamos denominar serias y esa condición se presume si van acompañadas de un porcentaje de adhesiones, que será del diez por ciento del pasivo presentado por el deudor en caso de que la propuesta se presente con la solicitud del concurso, o de la quinta parte del mismo pasivo en otro caso (art. 106 LC), aspecto éste que fue modificado por

sentencia, aunque no haya alcanzado firmeza. 6º Haber incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso o haber infringido durante la tramitación del concurso alguno de los deberes u obligaciones que impone esta ley”.

⁸⁴ ROJO, A. en “La reforma del Derecho Concursal español”, en La reforma de la legislación concursal” ROJO, A. Dir. Madrid-Barcelona 2003. Pág. 99; PULGAR EZQUERRA, J. en “Las soluciones al concurso de acreedores: El convenio y la liquidación”, Op. Cit. Pág. 443; GALÁN CORONA, E. en “Consideraciones sobre el convenio anticipado en la Ley Concursal”, Op. Cit. Pág. 4555 y ss.; GUTIÉRREZ GILSANZ, A. en “Comentarios a la Ley concursal” Op. Cit. Pág. 1068; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M. en “La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio”, Op. Cit. Pág. 216.

⁸⁵ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. “La reforma de la Ley Concursal (Una primera lectura del Real Decreto Ley 3/2009)” Cizur Menor, 2009. Pág. 68-69.

el RDL 3/2009, persiguiéndose facilitar alcanzar dichos porcentajes al permitir el cómputo de los créditos subordinados. Para facilitar la negociación con los acreedores y posibilitar la presentación de la propuesta con la solicitud de declaración de concurso el RDL 3/2009 introdujo nuevo apartado 3 en el art. 5 LC, que ha sido derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y sustituido por el vigente art. 5 bis que establece:

“1. El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta ley.

2. Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.

3. El secretario judicial, sin más trámite, procederá a dejar constancia de la comunicación presentada por el deudor.

4. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que no se encontrara en estado de insolvencia”.

La propuesta anticipada de convenio no se aprueba en junta de acreedores, sino que se tramita de forma escrita, mediante la adhesión de los acreedores, que podrán manifestar su voluntad de adherirse hasta la expiración del plazo para la impugnación de la lista de acreedores y el inventario (art. 108.1 LC). Alcanzada la mayoría prevista en el art. 124 LC, si no se formula oposición o formulada se desestima por el Juez y siempre que no proceda el rechazo de oficio (art. 131 LC), el Juez aprobará la propuesta de convenio y pondrá fin a la fase común, sin apertura de la fase de convenio. No obstante, si no procediera la aprobación de la propuesta anticipada de convenio, el

deudor, requerido por el juez, podrá optar por mantener dicha propuesta para su sometimiento a la Junta de acreedores (art. 110 LC).

Por su parte, la propuesta ordinaria de convenio es aquella que se tramita en la Sección 5ª del procedimiento concursal, una vez finalizada la fase común de concurso, siempre y cuando el concursado no haya solicitado la liquidación (art. 142.1 LC) ni haya sido aprobada una propuesta anticipada de convenio. El art. 113 LC ha establecido dos momentos durante la tramitación del concurso en los que los legitimados pueden presentar ante el Juez del Concurso una propuesta ordinaria de convenio. De un lado, desde el transcurso del plazo de comunicación de créditos hasta la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, si se hubiesen presentado, hasta la fecha en que se pongan en la Secretaría del Juzgado los textos definitivos de aquellos documentos (art. 113.1. LC). De otro, desde la apertura de la fase de convenio en que se convocará la Junta de acreedores y hasta cuarenta días antes del señalado para la celebración (arts. 111 y 113.2 LC). A diferencia de la propuesta anticipada de convenio, la propuesta ordinaria de convenio puede ser presentada, tanto por el deudor, como por los acreedores que representen un determinado porcentaje del pasivo.

Hasta la reforma llevada a cabo por el RDL 3/2009, la propuesta ordinaria de convenio se discutía y aprobaba en Junta de acreedores, en la forma establecida en los arts. 116 y siguientes de la Ley Concursal, siendo precisamente esta función de aceptar o rechazar el convenio la única misión que se reservaba a este órgano que tanta importancia tenía en los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos⁸⁶. No obstante, la experiencia práctica puso de manifiesto las dificultades que conllevaba la celebración de juntas en concursos en los que masa pasiva estaba integrada por hasta centenares de miles de acreedores⁸⁷. Por ello y con el fin de facilitar la tramitación y aprobación de esas propuestas el RDL 3/2009, introdujo en la Ley Concursal el art. 115.bis que establece la posibilidad de acudir a la

⁸⁶ En la vigente Ley Concursal el papel de la junta de acreedores se limita a la aprobación del convenio y siempre que no se siga la tramitación escrita.

⁸⁷ Exponente de esta situación son los concursos de Fórum Filatélico y Afinsa, tramitados en los Juzgados mercantiles nº 7 y 6 de Madrid, respectivamente.

tramitación escrita cuando los acreedores sean más de 300, tal y como establece el art. 111.2 LC, sin especificar si este número ha de referirse a acreedores reconocidos. En estos supuestos, la mayoría se alcanza mediante adhesiones de los acreedores, de modo similar al establecido para la aprobación de la propuesta anticipada de convenio.

En atención al sujeto legitimado para formular y presentar la propuesta de convenio éstos pueden clasificarse en propuestas del deudor y propuestas de los acreedores. El deudor puede presentar tanto la propuesta anticipada de convenio como la propuesta ordinaria, radicando la diferencia en que, dejando al margen cuestiones formales a las que nos referiremos a continuación, en el caso de la propuesta anticipada, ésta solo puede proceder de deudores que, como se ha adelantado, no estén incurso en las prohibiciones del art. 105 LC y ha de ir acompañada de las adhesiones exigidas en el art. 106 LC, en tanto que para la propuesta ordinaria, solo es necesario que no haya solicitado la liquidación, ni mantenido una propuesta anticipada de convenio en los términos del art. 110 LC (art. 113.1 LC). Los acreedores también pueden presentar propuesta de convenio, pero solo la ordinaria, no la anticipada. Para ello es necesario que el deudor no haya solicitado la liquidación y que los acreedores proponentes representen créditos que conjunta o individualmente, sumen una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores (art. 113.1 y 2 LC).

3.- REQUISITOS FORMALES DE LA PROPUESTA DE CONVENIO

El convenio es un negocio jurídico *“sui generis”* sometido a diversas formalidades, como se analizará a continuación, motivadas, fundamentalmente, por el hecho de ser adoptado en un procedimiento judicial y como garantía de los múltiples intereses afectados.

El art. 99 LC establece los requisitos que debe reunir toda propuesta de convenio, debiendo formularse por escrito e ir firmada por el deudor o, en su caso, por los acreedores proponentes o sus representantes con poder

suficiente, debiendo legitimarse las firmas de la propuesta y, en su caso, la justificación de su carácter representativo. Además, si la propuesta contuviera compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación, deberá ir firmada, además, por los compromitentes o sus representantes con poder suficiente.

A la propuesta deben acompañarse diversos documentos y en este sentido se establece en el art. 100.4 LC: *“Las propuestas deberán presentarse acompañadas de un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos, en su caso, los procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado”*. Por su parte el apartado 5 del citado artículo 100 LC establece que: *“Cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros”*.

Como hemos visto en algunos casos la Ley Concursal exige para la admisión de la propuesta o, ulteriormente, para la consecución de las mayorías necesarias para su aprobación, la adhesión de los acreedores. A la forma de dicha adhesión se refiere el art. 103 LC. Así, los acreedores podrán adherirse a cualquier propuesta de convenio en los plazos y con los efectos establecidos en la Ley. La adhesión será pura y simple, sin introducir modificación ni condicionamiento alguno; teniéndose, en otro caso, al acreedor por no adherido. La adhesión expresará la cuantía del crédito o de los créditos de que fuera titular el acreedor, así como su clase, y habrá de efectuarse mediante comparecencia ante el secretario del juzgado en el que se tramite el concurso, o mediante instrumento público. Por su parte, la adhesión a estos convenios por parte de las Administraciones y organismos públicos se hará respetando las normas legales y reglamentarias especiales que las regulan.

La omisión de estos requisitos formales constituye un defecto subsanable, concediendo a tal fin el juez al proponente o proponentes, antes

de inadmitir la propuesta un plazo para la subsanación del defecto, tal y como establecen el art. 106.2 LC, para la propuesta anticipada de convenio y el art. 114.1 LC para el supuesto de la propuesta ordinaria de convenio.

4.- EL CONTENIDO DEL CONVENIO

En la propuesta de convenio, como veremos a continuación, existe un contenido típico, un contenido potestativo, e, incluso, es posible que se ofrezcan contenidos alternativos que podrán ser aceptados por los acreedores. El contenido típico se integra por los modos de arreglo del pasivo, esto es, por las quitas y/o esperas, conectándose precisamente a este contenido remisorio del convenio, que se producirá, como consecuencia de la declaración judicial del cumplimiento del convenio, el efecto novatorio de la obligación y, en consecuencia, la exoneración de la deuda insatisfecha.

4.1.- Los modos de arreglo del pasivo: las quitas y/o esperas

Analizadas las cuestiones relativas a la finalidad y naturaleza del convenio concursal, sus clases y sus requisitos formales, es necesario analizar en este lugar el contenido del convenio, pues, como se ha adelantado, es precisamente en conexión con éste y la eficacia novatoria del convenio como puede considerarse el convenio concursal como un mecanismo impropio y convencional de exoneración del pasivo insatisfecho por el deudor.

El contenido del convenio se regula, fundamentalmente, en el art. 100 de la Ley Concursal, distinguiéndose en primer lugar lo que podríamos considerar contenido típico del convenio relativo a los modos de arreglo del pasivo, esto es, las quitas y/o esperas. También se contempla en dicho precepto un contenido potestativo, que conecta con los convenios de asunción, las modificaciones estructurales y la capitalización de créditos, si bien ese contenido en modo alguno puede considerarse limitado a dichas figuras, ya que el principio de autonomía de la voluntad ex art. 1255 CC que preside la Ley

concurzal, permite incluir un contenido distinto siempre que se acomode a los objetivos, finalidad y límites legales del convenio. El artículo 100 regula, igualmente, los límites al contenido del convenio, debiendo hacerse así mismo referencia al tratamiento de las propuestas alternativas y a la prohibición del convenio sometido a condición en los términos de los arts. 101 y 102 de la Ley Concursal.

El régimen jurídico del contenido de la propuesta de convenio tiene carácter general y es común al estado actual o inminente de la insolvencia del deudor (Art. 2 LC), así como a la consideración del concurso como voluntario o necesario (art. 22 LC). Así mismo, es común en supuestos en que la propuesta se formule por el concursado o por los acreedores, resultando igualmente indiferente a estos efectos que esa propuesta de convenio sea de tramitación ordinaria o constituya propuesta anticipada de convenio, aun cuando en este ámbito, como se analizará, exista una diferencia en un muy concreto extremo relativo a los límites de las quitas y esperas, siendo igualmente indiferente la condición empresarial del deudor. No obstante, algunos contenidos posibles del convenio presuponen que el concursado tenga determinadas características. Así, la conversión de créditos en capital presupone que el concursado sea una sociedad mercantil o que el patrimonio tenga una determinada composición; el convenio con asunción presupone que existan bienes y derechos afectos a una actividad profesional o empresarial. Así mismo, la superación de los límites del art. 100.1 LC, como veremos a continuación, solo es aplicable a empresas y no a personas físicas⁸⁸, pero, dentro de ese ámbito, se trata de normas de aplicación general.

En el art. 100.1 LC se establece: *“La propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas. Respecto de los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio. Excepcionalmente, cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía, siempre que lo*

⁸⁸ ROJO, A. “El contenido del convenio” Op. Cit., pág. 361.

contemple el plan de viabilidad que se presente, el juez del concurso podrá, a solicitud de parte, autorizar motivadamente la superación de dichos límites”.

Se alude así al denominado contenido remisorio y dilatorio del convenio concursal, integrándose el contenido remisorio por las quitas, entendiendo por tales la reducción del importe de cada uno de los créditos concursales, lo que equivale a una condonación. No obstante, la quita concursal presenta características propias que la separan de la condonación como modo general de extinción de las obligaciones (art. 1.156 CC), regulada en el Código civil (arts. 1.187 a 1.191), pudiendo sostenerse que la quita constituiría una condonación especial. Conviene recordar que, el efecto remisorio de la quita no se produce por el consentimiento individual del acreedor, y ni siquiera por el consentimiento de la colectividad crediticia. En efecto, para que esa remisión parcial tenga eficacia son requisitos necesarios el consentimiento del porcentaje del pasivo ordinario establecido por la Ley para la aceptación de la propuesta de convenio (art. 124 LC), la aprobación de ese convenio por el juez del concurso (art. 127 LC) y el cumplimiento del convenio (art. 139 LC). Los efectos de la quita se trasladan en el tiempo desde la aprobación judicial del convenio hasta la declaración judicial de su cumplimiento, condicionándose, por tanto, la eficacia novatoria del convenio a su cumplimiento. En este sentido puede sostenerse que el convenio de quita equivale a un “*pactum de non petendo*” de la diferencia, de duración limitada: si se cumple el convenio, la quita o remisión pactada produce plenos efectos, extinguiéndose el crédito en la parte que haya sido objeto de esa quita; y, si se incumple, el acreedor readquiere el derecho a la satisfacción de la totalidad del crédito reconocido, esto es, sin quitas ni esperas, la cual tendrá lugar en fase de liquidación. En segundo lugar, la especialidad de la quita se manifiesta en los efectos frente a los obligados solidarios, fiadores y avalistas: mientras que, en el régimen general, la condonación de la deuda principal extingue las obligaciones accesorias (art. 1.190 en relación con art. 1.847 CC), en este régimen especial los efectos frente a los obligados solidarios, fiadores y avalistas están en función de que el acreedor se hubiera adherido o hubiera votado a favor del convenio. La quita, por si misma, no extingue los derechos del acreedor frente a esas personas, sino que es la conducta del acreedor la que produce o no,

según los casos, esa extinción de derechos. El acreedor adherido o que hubiera votado a favor de la propuesta de convenio podría llegar a perder los derechos frente a los obligados solidarios y frente a los fiadores y avalistas si ese convenio obtiene la aprobación judicial; y, por el contrario, el acreedor no adherido o no votante a favor conserva esos derechos aunque el convenio sea aprobado por el juez y aunque sea cumplido por el concursado (art. 135.1 LC)⁸⁹.

Por su parte, los convenios dilatorios o de espera consisten en la dilación o en el aplazamiento del pago de los créditos concursales, constituyendo de nuevo "*pactos de non petendo*" de duración determinada: durante el período de espera, los acreedores no tienen posibilidad de obtener la satisfacción de los créditos reconocidos.

Ahora bien, en relación con los convenios de espera, se plantea un problema⁹⁰: el relativo al pago de aquellos créditos que no hubieran vencido a la fecha de la eficacia de la resolución judicial aprobatoria del convenio (art. 133LC). Este problema es consecuencia de que, en la Ley Concursal, no existe propiamente vencimiento anticipado de los créditos a plazo por razón de la declaración judicial de concurso, produciéndose éste solo en conexión con la apertura de la fase de liquidación (art. 146 LC).

Por supuesto, la Ley exige, a los solos efectos de la cuantificación del pasivo, que todos los créditos se computen en dinero a la fecha de esa declaración judicial, pero ese cómputo no supone una conversión ni una modificación de los créditos (art. 88.1 LC). Puede suceder que, en el momento en que se inicie el cumplimiento del convenio, existan créditos no vencidos, siendo necesario determinar si en ese caso los plazos de espera establecidos en el convenio se aplican de modo general a todos los créditos, incluso a los que no hubieran vencido realmente, o si, por el contrario, dichos plazos de espera tan sólo juegan respecto de los que ya hubieran vencido en esa concreta fecha. La cuestión es todavía mucho más compleja en aquellos supuestos en los que el vencimiento de los créditos todavía no vencidos a la

⁸⁹ Ibídem. Pág. 364; GARCÍA VILLAYERDE, R. en "Convenio de la quiebra", Op. Cit. Pág. 1964 y ss.

⁹⁰ Como apunta ROJO, A. en "El contenido del convenio", Op. Cit. Pág. 366.

fecha de la eficacia del convenio se produce durante el periodo de espera reconocido en el convenio.

Como solución al problema puede distinguirse entre los supuestos en los que exista expresa previsión en el convenio y aquellos otros en los que, por el contrario, esa previsión no exista⁹¹. En efecto, en el propio convenio puede haberse incluido la previsión de que los pagos a realizar durante la espera serán los mismos para los créditos ordinarios vencidos y para los créditos no vencidos, realizándose dicho pago respecto de estos últimos con el descuento correspondiente, calculado al tipo de interés legal por aplicación del art. 159 LC, o una previsión en virtud de la cual los créditos ordinarios que todavía no hubieran vencido se pagarán en el último plazo de la espera pactada para los demás créditos ordinarios. Ciertamente, en el Derecho privado general el plazo se presume establecido tanto en beneficio del acreedor como en beneficio del deudor. Pero esta regla no es absoluta: de un lado, porque, bien como consecuencia del contenido de la estipulación, o de otras circunstancias, puede resultar haberse puesto en favor del uno o del otro (art. 1127 CC.); y, de otro, porque en caso de concurso de acreedores, decaen las razones para impedir el pago anticipado. Mientras que, según la regla general, la anticipación sólo es posible mediante acuerdo de las partes, salvo que se deduzca otra cosa de la estipulación o de las circunstancias, en caso de concurso de acreedores la voluntad individual del acreedor beneficiario del plazo queda sustituida por la voluntad de la colectividad de acreedores. En el convenio, los créditos aplazados pueden vencer anticipadamente cuando la propuesta, sea del deudor, sea de acreedores que superen, al menos, una quinta parte del total pasivo, así lo contemple, y esa propuesta sea aceptada por la colectividad crediticia y aprobada por el juez⁹².

En los casos en los que el convenio guarde silencio sobre este extremo fundamental, hay que entender que el vencimiento de los créditos todavía no vencidos será el que corresponda a cada uno de ellos. En cierto modo, así lo considera la Ley cuando establece que cuando la propuesta consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² *Ibíd.*

tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento, será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo superior a la que vote en contra. A estos efectos, en los supuestos de propuesta anticipada y de tramitación escrita, los acreedores deberán, en su caso, manifestar su voto en contra con los mismos requisitos previstos para las adhesiones en el artículo 103 y en los plazos, según sea el caso, de los artículos 108 y 115 bis (art. 124 LC). De este modo los créditos que no hubieran vencido todavía no tienen que pagarse inmediatamente, sino que deberán ser satisfechos en el momento del vencimiento natural de cada uno de ellos con la quita correspondiente; por lo tanto, en los casos de convenio de espera que no contengan previsión alguna sobre el momento de pago de los créditos no vencidos, éstos deberán satisfacerse en la fecha en la que real y efectivamente venzan. Significa ello que el juez puede considerar íntegramente cumplido el convenio de espera antes de que tenga lugar la satisfacción de los créditos que todavía no hubieran vencido (art. 139 LC), sin perjuicio del derecho de este acreedor a plazo a solicitar del juez del concurso la adopción de las medidas conservativas que estime procedentes para la eficaz tutela del crédito no vencido de que fuera titular, lo que tendría su fundamento en el art. 1121 I a. CC.⁹³

La Ley Concursal contempla como contenido del convenio tanto la quita, como la espera, por lo que una propuesta de convenio podrá contemplar una quita, o rebaja de los créditos, una espera o dilación en su pago, combinar ambas, o proponer a los acreedores alternativamente una u otra. Además y sólo en aquellos casos en los que se logre un convenio sin quita alguna se podrá pactar el cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiere resultado suspendido como consecuencia de la declaración del concurso, calculados al tipo legal o al convencional si este último fuera menor (art. 59.2 LC)

Este, que podíamos denominar “*contenido típico*” del convenio, coincide con el que venía a ser contenido habitual del convenio en la quiebra y la suspensión de pagos. Su razón de ser obedece a la idea de que la

⁹³ Ibídem. Pág. 367.

reestructuración del pasivo del deudor por medio de las quitas y esperas comporta un sacrificio actual para los acreedores en una parte de sus derechos, que, eventualmente, les permitiría obtener una satisfacción mayor que la que conseguirían de la liquidación concursal⁹⁴.

Uno de los problemas que plantea la redacción del art. 100.1 LC es si las quitas y esperas constituyen contenido obligatorio del convenio; es decir si toda propuesta de convenio ha de incluir necesariamente una u otra. La respuesta que se dé a esta cuestión tiene especial trascendencia, porque si se entiende que es contenido necesario toda propuesta que no lo contenga no debería ser admitida a trámite por infracción legal del contenido del convenio (arts. 106.3 y 114.1 LC). Un sector doctrinal entiende, que la quita o espera no es contenido esencial del convenio, ya que es posible la existencia de una situación, como puede ser el caso de la insolvencia inminente, en que el mero transcurso del tiempo que implica la tramitación del convenio podría ser suficiente para que el concursado fuera capaz de hacer frente al pago regular de la totalidad de sus acreedores con lo que podría ser posible una propuesta de convenio sin quita ni espera, admitiéndose, por tanto, “convenios meramente reorganizativos”.

No obstante, el tenor literal del precepto según el cual la propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, junto a la redacción del apartado 2º del art. 100 que establece que la propuesta de convenio podrá contener, además, proposiciones alternativas, parece avalar la postura favorable a considerar las quitas y esperas como contenido obligatorio del convenio. Esta tesis ha sido mayoritariamente aceptada⁹⁵, dados los términos imperativos del art. 100.1 LC, el control que corresponde llevar a cabo al Juez sobre el contenido de toda propuesta (arts. 106 y 114.1 LC), así como

⁹⁴ GARCÍA MARRERO, J.: “Algunas consideraciones en torno a la quita y espera como contenido del convenio de acreedores”, en Boletín de Derecho Mercantil año II nº 12 marzo 2009, pág. 2.

⁹⁵ ROJO, A. “El contenido del convenio” Op. Cit., pág.361; ZABALETA DÍAZ, M. “El principio de conservación de la empresa en la Ley concursal”, Op. Cit. Pág. 163; LÓPEZ CURBELO, J. en “El convenio concursal. Especial referencia a su contenido” Op. Cit. Pág. 4624; ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M. “El poder de decisión de los acreedores en el concurso”, Cizur Menor, 2.005. Pág. 316; GONZÁLEZ PACHÓN, L. en “El contenido dilatorio y remisorio en el convenio concursal”. RcP. La Ley, núm. 8/2008. Pág. 471; GARCÍA MARRERO, J.: “Algunas consideraciones en torno a la quita y espera como contenido del convenio de acreedores”, Op. Cit. Pág. 3.

los efectos que produce el convenio sobre los créditos afectados (art. 136 LC). Nos encontramos, por tanto, con arreglo a esta interpretación en presencia de un contenido necesario, cuya ausencia conllevará su no admisión o rechazo en sentencia, por infracción legal del contenido. Además, se postula por este sector que la admisión del pago íntegro e inmediato de los créditos como contenido del convenio, carecería de sentido y justificación, porque supondría la completa satisfacción de los acreedores, quedando la solución de convenio desnaturalizada. En realidad si la propuesta ofrece un pago inmediato e íntegro de los créditos, cabe concluir que no hay insolvencia, tal y como la contempla el art. 2 LC. Habrá que concluir que estamos ante una carencia sobrevenida de objeto, pues ha desaparecido el presupuesto objetivo del concurso. Esta carencia objetiva de objeto debería llevar aparejada la conclusión del procedimiento concursal por aplicación del art. 176.4 LC que establece como causa de conclusión la comprobación en cualquier estado del procedimiento, del pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio o que ya no existe la situación de insolvencia, supuesto este último expresamente incluido por la reforma llevada a cabo por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y que si bien antes no estaba expresamente contemplada en el art. 176 LC, si estaba prevista en el art. 22 LEC, de aplicación supletoria por aplicación de lo establecido en la Disposición Final 5ª de la Ley Concursal.

Así las cosas, no obstante, el convenio podrá tener contenido remisorio, dilatorio y mixto, introduciéndose en la Ley Concursal 22/2003 con el fin de moralizar el convenio y proteger a los acreedores una limitación objetiva al contenido remisorio y dilatorio del convenio respecto a los créditos ordinarios del concurso que ha sido mantenida en las sucesivas reformas de que ha sido objeto esta Ley. En este sentido, el convenio no podrá contener proposiciones de quita superiores a la mitad de cada uno de los créditos ordinarios, ni esperas superiores a cinco años, computándose estas últimas desde la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio que afecte a esta clase de créditos. Las restricciones introducidas obedecen a que, tal y como hemos visto anteriormente, el tradicional principio de libertad de contenido del

convenio que ha caracterizado nuestro modelo ha amparado a lo largo de la práctica concursal española verdaderos convenios expoliatorios para los acreedores ordinarios que, en la mayoría de las ocasiones, no han obtenido cantidad alguna del procedimiento concursal. Con ello, el legislador pretende evitar que en la negociación con los acreedores se produzcan eventuales manipulaciones, favoritismos o indeseables confabulaciones entre el deudor y algún/os acreedores en perjuicio de la colectividad. Además, la Ley Concursal ha previsto la apertura de la sección de calificación del concurso cuando se apruebe por el Juez del concurso un convenio en el que se pacte para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de los créditos o una espera superior a tres años (art. 167.1 LC).

A través de la limitación del contenido remisorio del convenio, se incorpora al texto de la Ley Concursal, aunque de forma muy restrictiva, la opinión de una parte de la doctrina que, en defensa de la moralidad del contenido de los convenios y de los intereses de los acreedores, se han opuesto a que, en el convenio alcanzado entre el quebrado o suspenso y sus acreedores, se pacte la remisión total de las deudas porque contradice la finalidad del expediente concursal destinado a la defensa colectiva de los acreedores, como también a la posibilidad de que se pacte una satisfacción de los acreedores inferior a lo que les correspondería de continuarse la liquidación⁹⁶. Podría afirmarse que el principio de autonomía de la voluntad ex art. 1255 CC debe primar y que el acreedor es libre de renunciar a un porcentaje mayor de su crédito o aceptar una moratoria superior, pero no debe olvidarse que las quitas y esperas se imponen a todos los acreedores ordinarios y subordinados, voten o no a favor del mismo (Art. 134.1 LC), por lo que un acreedor con una postura fuerte podría imponer contenidos inasumibles o expoliatorios a los demás acreedores que pugnan con la finalidad solutoria del convenio y con la neutralidad que respecto a la forma de solución del concurso subyace en la Ley Concursal⁹⁷.

⁹⁶ HÖLDER FRAU, H.A. en “El convenio en la quiebra y en la Ley concursal”, Op. Cit. Pág. 260.

⁹⁷ PULGAR EZQUERRA, J. en “Comentarios a la Ley Concursal” Op. Cit. Pág. 985 y ss. En contra ROJO, A. “El contenido del convenio” Op. Cit., pág. 372, DE LA CUESTA RUTE, J.M., en “El convenio concursal, comentarios a los arts. 98 a 141 de la Ley Concursal”, Op. Cit. Pág. 43-44. y LÓPEZ CURBELO, J. en “El convenio concursal. Especial referencia a su contenido”

Junto a estos límites máximos, el legislador incentiva la consecución de quitas y esperas más reducidas, mediante el establecimiento de mayorías simples en el art. 124.2 LC, ya que es suficiente el voto favorable de una porción del pasivo ordinario superior a la que vote en contra en caso de convenio remisorio inferior al veinte por ciento o dilatorio no superior a tres años; y también con el supuesto del artículo 167.1 LC que prevé la formación de la sección de calificación cuando el Juez apruebe un convenio en el que se establezca para todos los acreedores o para los de una o varias clases una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años.

Sin embargo, el legislador, ha previsto en dos supuestos concretos la posibilidad de exceder los límites reseñados en el art. 100.1 de la Ley, materia ésta que fue objeto de reforma en virtud del RDL 3/2009 y en las que incide la tramitación anticipada u ordinaria del convenio. La primera está recogida en el referido precepto y se limita a empresas con actividad de especial trascendencia para la economía. La apreciación de esta excepción plantea varios problemas de índole práctico que no ha tenido un tratamiento unitario en la aplicación judicial. En primer lugar, la alusión a empresas con actividad de especial trascendencia para la economía plantea un problema relativo al ámbito territorial del empresario, ya que aquella expresión puede englobar referencias al ámbito nacional, comunitario, provincial o local. Ahora bien, debe rechazarse la exigencia de trascendencia para la economía nacional, ya que durante la tramitación parlamentaria se suprimió esta referencia a empresa de ámbito nacional que contenía el proyecto; en la medida que la enmienda fue introducida por Convergencia i Unió para que tuvieran cabida empresas con trascendencia en el ámbito comunitario, por lo que podría entenderse que éste debe ser el ámbito pretendido por el legislador⁹⁸. Además, es necesario que se trate de un convenio de continuación de la actividad, porque se ha de acompañar un plan de viabilidad y éste se exige cuando para el cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación total

Op. Cit. Pág.4625 y ss. También por una mayor libertad en el contenido del convenio se pronuncia GUTIÉRREZ GILSANZ, A. en “La reforma del convenio concursal”. Op. Cit. Pág. 83 y ss.

⁹⁸ PULGAR EZQUERRA, J. en “Comentarios a la Ley Concursal” Op. Cit. Pág. 989. Auto del Juzgado Mercantil nº 1 de Madrid de 16 de noviembre de 2.005.

o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial. Por otra parte la superación de los límites no es automática sino que es excepcional, siempre que tras realizar un juicio valorativo del contenido del convenio, se considere oportuno la superación de los límites, teniendo siempre en cuenta la solución más adecuada a los intereses de los acreedores⁹⁹, lo que ya no se exige, tras la reforma operada por el RDL 3/2009 de 27 de marzo, es el informe de la administración económica competente.

La segunda excepción es la prevista en el artículo 104.2 de la LC aplicable solo a las propuestas anticipadas, que no exige la trascendencia para la economía de la empresa siendo exigida solo autorización judicial y no informe de la autoridad económica competente, lo que antes del RDL 3/2009 marcaba la diferencia con la propuesta ordinaria de convenio. Se trata de un incentivo para alcanzar propuestas anticipadas de convenios, porque no requiere tantos presupuestos, ya que no se exige ámbito territorial de incidencia para su apreciación, lo que en la práctica supondrá que cuando estemos ante una propuesta anticipada de convenio se podrá acudir a esta vía en lugar de la señalada anteriormente. Se trata, también, de un convenio de continuación de la actividad empresarial, ya que se remite al artículo 100.5 de la Ley que alude al supuesto en que para el cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial. Para la aplicación de este precepto, el control judicial debe velar por la necesaria aportación del plan de viabilidad, que es esencial, ya que en el mismo se deben especificar los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros y su no aportación será causa de inadmisión, aunque cabe la subsanación. Además, se debe examinar que el plan de viabilidad contemple la necesidad de una quita superior a la mitad del importe de cada crédito ordinario o de una espera superior a cinco años, o la necesidad de ambas, para poder cumplir el convenio con los recursos que genere la continuación total o parcial de la actividad profesional o empresarial

⁹⁹ El auto del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Granada de 23 de enero de 2006 negó la autorización para superar los límites propuestos, porque el plan de viabilidad, no contempla expresamente que la superación de tales límites sea necesaria para atender el cumplimiento del convenio.

del deudor¹⁰⁰. Significa ello que sólo es posible superar esos límites cuando, para atender al cumplimiento del convenio, se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, de la actividad profesional o empresarial, ya que sólo en este caso procede presentar el denominado plan de viabilidad.

Respecto a la función y contenido del plan de viabilidad previsto en el art. 105.5 LC es necesario y exigible que el plan de viabilidad especifique los recursos necesarios para el cumplimiento del convenio, los medios y las condiciones para obtenerlos y, en su caso, los compromisos de terceros. En primer lugar, el plan de viabilidad tiene que comenzar con la especificación de los recursos a obtener en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial que se consideran necesarios para el cumplimiento del convenio. Es preciso realizar una previsión de ingresos, que incluya tanto lo relativo al momento en que se espera obtenerlos como lo referente a la cuantía de los mismos; y dentro de esa previsión, es preciso también, determinar qué proporción se destinarán al cumplimiento del convenio. En segundo lugar, el plan de viabilidad tiene que especificar los medios y las condiciones para la obtención de esos ingresos, aludiéndose con ello a las medidas económicas, sociales y jurídicas que se prevé adoptar para la obtención de esos ingresos y recursos¹⁰¹.

En la doctrina de los Juzgados mercantiles se ha venido exigiendo como contenido del plan de viabilidad que para que pueda considerarse tal a los efectos del art. 100.5 LC es necesario que dicho plan contenga, al menos: la plasmación del nuevo proyecto empresarial, sea coincidente en todo o en parte con el anterior, o no lo sea en absoluto; la especificación de los objetivos y estrategias que van a constituir las distintas actividades de la empresa, con ponderación de las novedades o valor añadido que dicho proyecto empresarial

¹⁰⁰ En este sentido se pronuncia el auto del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid de 24 de enero de 2.005, que autorizó una espera de siete años, ya que si se deseaba satisfacer el 100% del importe de los créditos, lo que supone una buena solución para los acreedores, al cobrar la totalidad de lo que se les adeuda, era preciso contar con la financiación adecuada. Y no se generará suficiente caja para culminar el pago del total de las deudas, según se desprende del plan de viabilidad de la deudora, hasta el sexto (el 20%) y el séptimo año (el 10% restante).

¹⁰¹ ROJO, A.: "Comentarios a la Ley Concursal", ROJO, A y BELTRÁN, E., directores, Madrid, 2004, Tomo II, págs.1898 y ss.

oferta frente al resto de competidores del sector; la naturaleza jurídica de los actos o negocios de comercio a desarrollar, así como de los elementos productivos, humanos o materiales, con los que se piensa contar; el estudio de mercado relativo al sector empresarial en que se va a desarrollar dicha actividad y las zonas geográficas de dicho mercado, así como la ponderación de los ciclos de ingresos en relación con los periodos temporales analizados y las zonas geográficas analizadas; un plan económico-financiero, entendiendo por tal el análisis de las inversiones necesarias para el desarrollo de la actividad empresarial, tanto se incluyan en el activo fijo como en el circulante, así como las fuentes de financiación propias –aportaciones de capital- o ajenas –financiación bancaria, etc.- con las que pretende contarse y el coste de dicha financiación ajena, exponiendo un examen de los ratios de endeudamiento durante los periodos temporales analizados y su evolución; una proyección de ingresos por actividad empresarial que deberá guardar coherencia con el resultado del estudio de mercado y cuenta de resultados estimada para el negocio; una proyección de los gastos de explotación de la actividad empresarial, en igual lógica coherencia con los parámetros antes indicados; un estudio de los recursos humanos con que piensa contarse para el desarrollo de la actividad, distribución geográfica, variaciones en el tiempo, gestión de almacenes y “stocks” en actividades con grandes volúmenes de existencias y coste de los mismos; y cuentas de resultados y balances de situación empresarial de los ejercicios fiscales objeto del plan, así como especialmente, una ponderación de las cuentas de tesorería, en cuanto elemento esencial para atender los pagos comprometidos con la continuación de la citada actividad¹⁰².

Respecto al modo en que se satisfarán los créditos que en su caso se concedan para financiar el plan de viabilidad la Ley Concursal lo deja al criterio de la voluntad de la partes. De este modo el art. 100.5 LC establece que: *“Los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfarán en los términos fijados en el convenio”*. Se pretende dar solución, de este modo, a los problemas que plantea el tratamiento del *“fresh money”*, entendiendo por tal el importe de los créditos obtenidos para refinanciar una empresa y asegurar su continuidad y viabilidad. La norma supone, en

¹⁰² Auto del Juzgado Mercantil nº 6 de Madrid de fecha de 15 de abril de 2.009.

consecuencia, una excepción a la prohibición del art. 100.4 LC de modificación de la cuantía y clasificación de los créditos en el convenio, si bien queda al margen el tratamiento de los créditos concedidos en el marco de acuerdos preconcursales, para los que no valdría esta previsión legal. Ahora bien, el marco de autonomía de la voluntad de las partes en este ámbito no puede suponer la atribución de una calificación, como la de crédito contra la masa, de aplicación restrictiva, de acuerdo con lo establecido en el art. 84 LC, si bien podrá pactarse que el pago se haga de modos similar a dichos créditos, con preferencia a los concursales.

Antes de la reforma llevada a cabo por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal se discutía, a falta de referencia expresa en la Ley Concursal, como una cuestión esencial el modo en que estos créditos serán satisfechos si en el convenio no se pacta nada al respecto o en caso de que resultando éste incumplido se abra la fase de liquidación. Se planteaba así, para el caso de que el crédito nazca con posterioridad a la firmeza de la resolución aprobando el convenio, sin previsión alguna con respecto al mismo, el problema de su consideración como crédito de la masa¹⁰³, o como crédito concursal¹⁰⁴.

La Ley 38/2011 ha zanjado la cuestión al establecer un nuevo apartado 11 al art. 84 LC que en su segundo párrafo califica como créditos contra la masa en caso de liquidación, los créditos concedidos al concursado en el marco de un convenio conforme a lo dispuesto en el artículo 100.5, no obstante esta calificación, según establece el mismo precepto, no se aplica a los ingresos de tesorería realizados por el propio deudor o por personas

¹⁰³ BELTRÁN SÁNCHEZ, E. “Los créditos nacidos tras la aprobación del convenio en caso de apertura de la fase de liquidación”, en ADCo. Aranzadi, nº 10. Pág. 514 y ss. y PULGAR EZQUERRA, J. en “Comentarios a la Ley Concursal” Op. Cit. Pág. 1046.

¹⁰⁴ Criterio seguido por diversas resoluciones judiciales. Así, Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona, Secc. 15, de fecha 26 de marzo de 2.008 y la de la Audiencia Provincial de Valencia, Secc. 9, de 23 de febrero de 2.009. En sentido similar auto del Juzgado Mercantil nº 7 de Madrid de 13 de abril de 2009.

especialmente relacionadas a través de una operación de aumento de capital, préstamos o actos con análoga finalidad¹⁰⁵.

Junto al plan de viabilidad a la propuesta debe acompañar, en todo caso, el plan de pagos, viniendo exigido este documento en el art. 100.4 LC en el que se establece: *“Las propuestas deberán presentarse acompañadas de un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos, en su caso, los procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado”*.

Otra cuestión que podría surgir, sin necesidad de acudir a las excepciones del art. 100.1 LC, es la posibilidad de superar los límites de quitas sobre los créditos privilegiados. Aunque desde un punto de vista teórico y legal no está prohibido por el legislador, ya que el artículo 100 se refiere a créditos ordinarios, desde un punto de vista práctico no tiene gran repercusión. No debe olvidarse que a diferencia de los créditos ordinarios que quedan vinculados por la aprobación de la mayoría y posterior aprobación judicial aunque ellos no voten (134.1 LC), esto no ocurre con los privilegiados para los que se requiere su voto favorable (artículo 134.2 LC). Si además son los primeros que van a cobrar en caso de liquidación, no es lógico que acepten esas quitas especiales, a salvo claro está de los créditos públicos, por razones especiales del concurso¹⁰⁶.

Mayor interés puede tener la posibilidad de superación de los límites en el caso de los créditos subordinados, en la medida en que el mencionado artículo 100.1 alude exclusivamente a los créditos ordinarios. Partiendo de una interpretación a sensu contrario se podría entender la posibilidad de superación de los límites sin necesidad de autorización y por el mero poder de la mayoría.

Sin embargo, esta interpretación encontraría un obstáculo en la previsión contenida en el art. 134.1 párrafo 2º de la ley, que establece expresamente que los créditos subordinados quedarán afectados por las mismas quitas y/o esperas establecidas en el convenio para los ordinarios. En este sentido,

¹⁰⁵ Sobre este tema puede verse con más detalle a PULGAR EZQUERRA, J., en “Preconcurso y acuerdos de refinanciación”. Las Rozas, 2012. Pág. 451 y ss.

¹⁰⁶ GARCÍA MARRERO, J.: “Algunas consideraciones en torno a la quita y espera como contenido del convenio de acreedores”, Op. Cit. Pág. 5.

podría mantenerse que frente a los problemas de admisibilidad que pudiera plantear la interpretación a sensu contrario, el legislador nos ha dotado de pautas suficientes para no tener que acudir a este recurso, lo que supondría considerar que a la vista del precepto mencionado no cabría superar los límites de los créditos subordinados sin el cumplimiento de la autorización judicial y en los mismos términos que los previstos para los créditos ordinarios¹⁰⁷.

Finalmente, otras cuestiones que pueden surgir en torno a las quitas y esperas son las relativas al requisito de la determinación y al de la identidad. Por lo que respecta a la primera, no existe inconveniente para admitir convenios de quita o de espera simplemente determinables, pero los parámetros tienen que ser objetivos, ya sean internos, por ejemplo, la cuota de mercado; la cifra de negocio; las ganancias que se obtengan, bien externos como el precio de la principal materia prima que utiliza la sociedad concursada; la evolución del sector en el que opere la sociedad concursada; el producto interior bruto. Ahora bien, en estos supuestos se exige para su aprobación la mayoría ordinaria (art. 124.1 LC), y no las mayorías reducidas¹⁰⁸.

En cuanto a la “identidad” se suscita si la remisión o la dilación deben ser idénticas para todos los créditos o si, por el contrario, cabría establecer diferentes quitas y diferentes esperas entre las distintas clases de créditos o, incluso, en el interior de cada clase. La controversia surge por la existencia de dos preceptos, por un lado el artículo 167.1 y por otro el 134. En el art. 167.1 LC se alude a la apertura de la sección de calificación cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años, dando a entender que puede haber variedad dentro de cada clase.

Por otro lado, en el art. 134 LC se señala que la quita tiene que ser idéntica para los créditos ordinarios y para los créditos subordinados. Ante ello puede seguirse una interpretación restrictiva y entender que existe una regla y una excepción, siendo la regla general la identidad, tanto en el interior de cada

¹⁰⁷ *Ibídem*.

¹⁰⁸ ROJO, A. “El contenido del convenio” *Op. Cit.*, pág. 369, Auto del Juzgado de lo Mercantil de Granada de 23 de enero de 2.006.

clase, como respecto de los créditos ordinarios y subordinados, categorías que necesariamente deberían experimentar las mismas quitas; por su parte la excepción supone que se permitiría una quita diferente para los créditos privilegiados que se adhieran a la propuesta de convenio o que voten a favor de la misma.

En segundo lugar, se puede optar también por una línea de “interpretación amplia o extensiva” sobre la base de la que se entienda que no está claro que se contemple en la Ley Concursal una absoluta imposibilidad a establecer quitas distintas en el interior de la clase de los créditos ordinarios, por lo que es posible la existencia de quitas y/o esperas distintas en el interior de cada clase¹⁰⁹.

Ahora bien, esto supondría la atribución de un trato singular a ciertos acreedores o a grupos de acreedores determinados por sus características. En estos casos, será necesario entender que los acreedores subordinados quedan afectados por la misma quita establecida en el convenio para los ordinarios de peor condición. Sin embargo, surge el problema en aquellos casos en los que unos acreedores ordinarios experimenten una quita y otros una espera, ya que no siempre será fácil determinar qué créditos ordinarios son los de peor condición. En estos casos dudosos, quizá la solución más razonable sea reconocer a los titulares de créditos subordinados un derecho de elección entre esa quita y esa espera, determinando la alternativa aplicable en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección, por aplicación del art. 102 LC¹¹⁰.

¹⁰⁹ ROJO, A. “El contenido del convenio” Op. Cit., pág. 369.

¹¹⁰ ROJO, A. “El contenido del convenio” Op. Cit., pág. 371, cita el siguiente ejemplo: “en un convenio en el que determinados acreedores ordinarios sufran una quita del 20% del nominal de los créditos, con pago inmediato de la cantidad restante, y otros acreedores ordinarios acepten una espera a dos años, no es posible precisar si los créditos subordinados quedan sujetos a esa misma quita o si sufren una espera también de dos años a contar desde el íntegro cumplimiento del convenio respecto de los ordinarios de satisfacción aplazada”. En el mismo sentido GARCÍA MARRERO, J.: “Algunas consideraciones en torno a la quita y espera como contenido del convenio de acreedores”, Op. Cit. Pág.5.

4.2.- El contenido potestativo del convenio

A) La asunción de la actividad y el pasivo de la concursada: El convenio de asunción

Las quitas y/o esperas, como métodos tradicionales de arreglo del pasivo, si bien constituyen, como se ha visto, el contenido habitual del convenio, pueden ir acompañadas de otras cláusulas, que denominamos contenido potestativo del convenio. Dentro de ese contenido potestativo se enmarca la figura del convenio con asunción.

En el segundo párrafo del nº 2 del art. 100 LC se establece que también podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y el pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio, debiendo ser oídos en estos supuestos los representantes legales de los trabajadores.

En virtud de esta modalidad de convenio, que se denomina convenio de asunción, una persona, física o jurídica asume la obligación de pagar total o parcialmente los créditos de los acreedores concursales en los términos expresados en la propuesta de convenio, es decir, con quita y/o espera. La figura del convenio con asunción tiene especial interés por cuanto que permite la continuación por el “asuntor” de la actividad profesional o empresarial con el conjunto de bienes y derechos afectos a esa actividad que, con este específico fin, se le transmite, constituyendo ello una manifestación del tradicional principio del Derecho francés de separación hombre/empresa. Desde el punto de vista de la prioridad de la conservación de la empresa frente a la liquidación, y tras la expresa prohibición de los convenios de cesión total o parcial, era absolutamente necesario que la cesión de la empresa estuviera prevista

expresamente como uno de los contenidos de la propuesta de convenio y como alternativa a la liquidación. Y ello no solo por constituir un mecanismo que facilitará la conservación de la empresa mediante la cesión de partes de la empresa o cambio de titularidad sino también por ser una vía en orden a asegurar el mantenimiento de la actividad y el empleo¹¹¹.

El convenio de asunción debe entenderse como un negocio unitario en el que convenio, asunción de deuda y transmisión de empresa, no constituyen figuras separadas y autónomas, sino una relación jurídica unitaria, existiendo no tanto una doble transmisión cuanto una doble negociación. De acuerdo con lo establecido en el art. 100.2 LC, la transmisión de la empresa o de sus unidades productivas constituye objeto del convenio mismo y no de otra relación jurídica, existiendo identidad de causa entre convenio y enajenación, pues el tercero, contra entrega del patrimonio concursal, se compromete a satisfacer sus derechos de crédito, siendo dobles las negociaciones: de un lado entre deudor y acreedores para alcanzar un acuerdo que se instrumentalizará a través de una *datio in solutum*, que convertiría a los acreedores en propietarios de los bienes cedidos y de otro un mandato implícito para traspasar los bienes a una tercera persona, la cual se obligará a satisfacer, en la cuantía y plazo establecidos, los créditos pendientes renunciando los acreedores a su derecho a la liquidación del patrimonio del deudor¹¹². Esta *datio in solutum*, constituye una excepción a la prohibición del art. 100.3 LC, relativa a los convenios de cesión de bienes y derechos, pues aquí la cesión tiene por objeto facilitar la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor.

Se trata de una modalidad que puede pactarse tanto en los casos de insolvencia actual (art. 2.2 LC) como en los casos de insolvencia inminente (art. 2.3 LC). El convenio con asunción es independiente de que el concurso tenga carácter voluntario o necesario, así como de la tramitación de la propuesta, pudiendo existir un convenio anticipado con asunción total o parcial del pasivo y un convenio con asunción que haya sido objeto de tramitación ordinaria. Se trata, además, de una modalidad de convenio que puede provenir

¹¹¹ HÖLDER FRAU, H.A. en “El convenio en la quiebra y en la Ley concursal”, Op. Cit. Pág. 276.

¹¹² PULGAR EZQUERRA, J. “Los convenios de asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de la empresa”. Op. Cit. Pág. 898.

tanto del deudor como de los acreedores en aquellos casos en los que la Ley reconoce a éstos legitimación para formular propuesta de convenio (art. 113 LC). Precisamente porque asume obligaciones legalmente exigibles, el asuntor debe firmar la propuesta de convenio, bien por sí mismo, bien por medio de representante con poder suficiente y esa firma debe estar legitimada tal y como establece el art. 99.1 y 2 LC.

El asuntor puede ser una persona natural o una persona jurídica de cualquier clase, nacional o extranjera (p. ej. puede ser una sociedad creada ad hoc, esto es, con esta específica finalidad), exigiéndose en la Ley Concursal, no obstante, que dicho asuntor, en todo caso, aparezca determinado en la propuesta de convenio (art. 100.2 LC), lo cual es necesario para que los acreedores, también los trabajadores, puedan conocer la identidad del futuro titular de los establecimientos, las explotaciones o las unidades productivas que se pretenden transmitir a esa persona y valorar la honorabilidad, capacidad económica y capacidad profesional o empresarial de la misma. No hay inconveniente en que el cesionario sea un acreedor concursal, privilegiado, ordinario o subordinado, una empresa del grupo de la concursada o un acreedor de la masa¹¹³. Precisamente la obligación de continuar con la actividad empresarial o profesional del deudor caracteriza esta figura y permite eludir la prohibición de cesión liquidativa del art. 100.3 LC¹¹⁴, a la que posteriormente nos referiremos. Tampoco existe impedimento a que sean varias las personas que asuman la cesión, encontrándonos en estos supuestos ante una asunción plural.

En el convenio con asunción, se asume una doble obligación: De un lado, la obligación de continuar la actividad profesional o empresarial propia de las unidades productivas a las que afecte¹¹⁵ y de otro, la obligación de asumir la totalidad o parte del pasivo concursal. Para que el juez pueda admitir a trámite una propuesta de convenio con asunción se exige ese doble

¹¹³ ROJO, A. "El contenido del convenio" Op. Cit., pág. 397, PULGAR EZQUERRA, J. "Los convenios de asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de la empresa". Op. Cit. Pág. 904 y ss. ZABALETA DÍAZ, M. "El principio de conservación de la empresa en la Ley concursal", Op. Cit. Pág.172.

¹¹⁴ PULGAR EZQUERRA, J. "Los convenios de asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de la empresa". Op. Cit. Pág. 905.

¹¹⁵ Obligación esencial que cualifica esta modalidad de convenio según se destaca en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo de 26 de febrero de 2009.

compromiso a cargo del asuntor, no admitiéndose a trámite un convenio en el que el cesionario asuma únicamente una de estas dos obligaciones.

La continuación de la actividad se limitará a las unidades productivas que se transmitan, que pueden ser todas o solo algunas de las que pertenezcan al deudor concursado. También la responsabilidad sobre el pasivo concursal se limitará a las deudas o cuantías que se especifiquen en el convenio, pudiendo extenderse a las deudas concursales o incluso a las de la masa, si así se establece expresamente.

El principal problema que plantea el convenio con asunción es el de determinar si se trata de una asunción liberatoria de deuda o de una asunción cumulativa. En el primer caso, el concursado quedaría liberado de aquella porción del pasivo a cuyo pago se obligue el asuntor, con las quitas y esperas pactadas, no produciéndose en el segundo supuesto esa liberación, pudiendo los acreedores concursales exigir el pago tanto del concursado como del asuntor en los términos pactados en el convenio. Como la Ley no resuelve expresamente esta importante cuestión, habrá que estar al contenido del convenio, pudiendo las partes pactar el convenio con liberación del concursado o sin liberación de éste. En defecto de expresa previsión en el convenio, habría de entenderse que existiría una asunción cumulativa de deuda, incorporándose el asuntor a la relación obligatoria y quedando convertido en deudor juntamente con el concursado, el cual no queda liberado¹¹⁶. No debe olvidarse que el concurso solo concluye por el cumplimiento del convenio, no porque un tercero haya asumido la deuda (art. 176.1.2 LC), por lo que la responsabilidad del concursado subsiste, salvo que los acreedores aceptaran expresamente que el mero hecho de la asunción de la deuda implicaba el cumplimiento del convenio y la liberación definitiva del deudor original en los términos del art. 1205 CC. De ahí cabe concluir que si el asuntor incumple su obligación de pago el efecto es, a instancia de los acreedores, la posibilidad de declaración judicial de incumplimiento y la rescisión del convenio, con la reintegración de los bienes transmitidos, a fin de que los acreedores puedan hacer valer su derecho a la

¹¹⁶ PULGAR EZQUERRA, J. "Los convenios de asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de la empresa". Op. Cit. Pág. 923 y ROJO, A. "El contenido del convenio" Op. Cit., pág. 400.

liquidación del patrimonio del deudor, a la que renunciaron al aprobar el convenio ahora incumplido¹¹⁷.

Como contraprestación a esta doble obligación de asumir la continuidad de la actividad y de asumir el pago de los créditos de los acreedores en los términos expresados en la propuesta de convenio, se transmiten al asuntor uno o varios conjuntos de bienes y derechos, o unidades productivas, existentes en la masa activa afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado. Es indiferente que se trate de un único conjunto-unidad o de varios, en este sentido pueden alcanzarse convenios con asunción en los que únicamente se transmita al asuntor un establecimiento, una explotación o cualquier otra unidad productiva de bienes o servicios, así como existirán convenios con asunción en los que el objeto de la transmisión será plural, estribando la única exigencia contenida en la Ley en que se trate de conjuntos o unidades afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado.

Finalmente, la Ley exige, en todo supuesto de convenio con asunción, la necesidad de que sean oídos los representantes legales de los trabajadores (art. 100.2, inciso tercero LC), sean delegados de personal (art. 62 ET), o comités de empresa (art. 63 ET).

B) Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como contenido del convenio

De otro lado y aún cuando no constituyen propiamente objeto de estudio en el presente trabajo hay que resaltar que en el art. 100.3 LC se admite expresamente como contenido del convenio concursal la posibilidad de fusión o escisión de la persona jurídica concursada lo que habría de interpretarse ampliando las posibilidades a la transformación, segregación y también la cesión global de activo y pasivo reconocidas expresamente como modificación estructural en la L 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades

¹¹⁷ PULGAR EZQUERRA, J. "Los convenios de asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de la empresa". Op. Cit. Pág. 925.

mercantiles, perdiendo la cesión global de activo y pasivo su pretendido carácter liquidativo.

La transformación constituye un acuerdo de modificación de estatutos que permite un cambio en el tipo social inicialmente elegido, que puede haber devenido inadecuado para continuar el desarrollo de la actividad empresarial, conservando su identidad, esto es, sin disolución, liquidación ni constitución de nueva sociedad (art. 3 LME). Ello facilita de manera simplificada la adecuación a las necesidades sociales, permitiendo la continuidad de la sociedad y la conservación y crédito de la empresa.

Así mismo, en virtud de la fusión dos o más sociedades agrupan sus patrimonios íntegros y en general también sus socios con disolución sin liquidación y extinción de todas ellas en orden a constituir una nueva sociedad, lo que constituye la fusión por constitución de nueva sociedad o de todas menos una que absorbe a las demás, la denominada fusión por absorción. Ello particularmente puede constituir una técnica de saneamiento concursal en el marco de los grupos en los que, en ocasiones, acudir a una fusión por absorción constituye un medio de que la sociedad dominante asuma las deudas de la dominada.

De otro lado, acudir a una escisión parcial puede permitir el desgajamiento de la parte más afectada por la crisis de una organización empresarial, subsistiendo la sociedad que se escinde y pasando la unidad económica que se desgaja a ser absorbida por otra sociedad saneada y previamente existente, pudiendo alcanzarse resultados paralelos a través de la segregación que, como novedad, se admite expresamente, junto a la cesión global de activo y pasivo, en el marco de las modificaciones estructurales en virtud de la LME. En efecto, la segregación permite que la sociedad segregante no se extinga, subsistiendo frente a lo que acontece en la escisión en todo caso, aun operándose dicho traspaso en bloque por sucesión universal a las sociedades beneficiarias del patrimonio segregado.

Por último, la cesión global de activo y pasivo en virtud de la cual también se opera una transmisión patrimonial a título universal (art. 81.1 LME)

podría constituir un mecanismo de superación de una situación de crisis económica por vías conservativas, una vez superada en la Ley de modificaciones estructurales su concepción como alternativa abreviada a la liquidación singular de bienes y derechos de la sociedad.

En este marco, habría que resaltar además los beneficios de los que la sociedad no concursada podría disfrutar en un escenario concursal y de los que carecería si ello aconteciera respecto de sociedades en situación de crisis económica pero aún no declaradas en concurso. Así, la supervisión judicial de la operación de modificación estructural, desactivación de algún modo del derecho de oposición de los acreedores, facilitación de las vías de financiación dada la consideración que éstas tendrían en el marco concursal como créditos contra la masa y, sobre todo, disminución del pasivo asumido en virtud de las quitas y/o esperas que se acuerden en el marco de un convenio concursal¹¹⁸.

No obstante conviene recordar que, al igual que ocurre con el convenio de asunción, la modificación estructural forma parte del convenio, pero no constituye su objeto, que no es otro que el pago a los acreedores. Los acreedores aceptan la modificación estructural en la medida en que constituye un mejor modo de cobrar sus créditos. En cualquier caso, el proceso de modificación estructural deberá seguir el proceso establecido en la Ley de Modificaciones Estructurales, si bien adaptada a las peculiaridades y exigencias del concurso. De este modo, la necesaria autorización judicial por la situación concursal de la sociedad participante, queda sustituida por la aprobación judicial del convenio. La intervención de los acreedores, que en el ámbito extraconcursal se manifestaría en su derecho de oposición a la modificación estructural de fusión, escisión o cesión global, salvo que se aseguren o garanticen sus créditos vencidos, se ve sustituida por la aprobación

¹¹⁸ PULGAR EZQUERRA, J.: Modificaciones estructurales y concurso de acreedores en el marco de la Ley 3/2009, de 3 de abril, en *Diario La Ley*, nº 7265. Pág. 2 y más ampliamente en “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal” en “Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles” RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SANPEDRO, L. Y ESTEBAN VELASCO, G. directores. Cizur Menor, 2009. Pág. 729 y ss. Sobre este tema también BELTRÁN, E., “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 50, 2010. pág. 157 y ss.; LARGO GIL, R.: “Convenio concursal mediante modificación estructural de la sociedad concursada” en *RcP. La Ley*, nº 9/2008. Pág. 87 y ss.

de la propuesta de convenio¹¹⁹.

Lo que sucede sin embargo es que, hasta el momento se advierte una escasa utilización de mecanismos de modificación estructural en el seno de un concurso de acreedores, en particular de fusión y escisión, acudiéndose no obstante en ocasiones con mayor frecuencia a la transformación y cesión global de activo y pasivo, advirtiéndose un mayor uso de las modificaciones estructurales en sede preconcursal, particularmente en el marco del grupo de empresas¹²⁰.

4.3.- El contenido alternativo del convenio: la capitalización de créditos y el ejercicio del derecho de opción

Como hemos visto, el contenido del convenio, además de las propuestas de quita y espera, que hemos considerado contenido obligatorio del convenio, puede extenderse a otro tipo de propuestas, lo que puede considerarse contenido facultativo del convenio. El art. 100.2 LC se refiere expresamente a las propuestas de capitalización de créditos, a la propuesta de enajenación de las unidades productivas a un tercero con la obligación de continuar con la actividad y asumir las deudas del concursado y, en el apartado 3 del citado precepto, se hace referencia expresa a la fusión y escisión de la sociedad concursada como posible contenido del convenio. No quiere ello decir que deudor y acreedores, en el ámbito de libertad de pactos consustancial al principio de autonomía de la voluntad que subyace al contenido del convenio, si bien enmarcado en los límites legales previstos, puedan establecer otro contenido lícito, por lo que el contenido del art. 100 LC, en modo alguno puede considerarse exhaustivo.

El art. 100.2 LC establece que: *“La propuesta de convenio podrá contener, además, proposiciones alternativas para todos los acreedores o para*

¹¹⁹ PULGAR EZQUERRA, J.: “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores en el marco de la Ley 3/2009, de 3 de abril” Op. Cit. Pág. 5.

¹²⁰ *Ibidem*, pág. 2.

los de una o varias clases, incluidas las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos”.

De este modo, la Ley Concursal, con una solución solo aplicable a las sociedades mercantiles, regula expresamente algo que no era extraño a la práctica concursal. Además, con el reconocimiento de esta opción se pretende la implicación de los acreedores en la continuación y viabilidad de la empresa. Estos nuevos socios, como parte del capital social de la compañía, podrán implicarse en la vida social y estarán sumamente interesados en lograr la buena marcha de la misma para conseguir los máximos beneficios con la explotación del objeto social.

La primera modalidad de esta clase de convenio es aquélla en la que el contenido de la proposición alternativa consiste en la conversión del crédito en capital: en acciones o en obligaciones convertibles o canjeables, si la sociedad concursada es anónima o comanditaria por acciones; en participaciones, si es sociedad de responsabilidad limitada; o en cuotas, si es colectiva o comanditaria simple.

En todos estos casos de conversión de créditos en capital, el cumplimiento del convenio exige que la sociedad acuerde el aumento del capital social en la medida necesaria para la conversión de todos aquellos créditos cuyos titulares hubieran ejercitado la facultad de elección en favor de esa conversión. Si la sociedad no adoptara el acuerdo o si los administradores sociales no procedieran a ejecutarlo para hacer efectiva la conversión, cualquier acreedor que hubiera optado por la conversión podrá solicitar del juez del concurso la declaración de incumplimiento (art. 140.1 LC).

La segunda modalidad es aquélla en la que el contenido de la proposición alternativa consiste en la conversión de los créditos simples en créditos participativos¹²¹. La figura del préstamo o del crédito participativo no es sino una modalidad contractual moderna, que deriva de los antiguos préstamos parciarios, pactada al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC). Aunque, bajo la misma denominación, se engloban contratos de

¹²¹ A este respecto vid. COLINO MEDIAVILLA, J.L. “Créditos participativos y concurso de acreedores”. Monografías de la RcP. Ed. La Ley nº 12. Getafe, 2010. Pág. 96 y ss.

contenido heterogéneo, existe un denominador común a todos ellos, que es precisamente la cláusula de participación: la retribución del prestamista o del concedente del crédito está en función, total o parcialmente, de los beneficios que pueda obtener el prestatario o el acreditado. En algunos casos (como, por ejemplo, en la legislación sobre reconversión industrial: v. art. 11 del Real Decreto-Ley 8/1983, de 30 de noviembre), a la cláusula de participación se añade una cláusula de subordinación, de modo tal que la satisfacción de los titulares de créditos participativos se subordina a la previa e íntegra satisfacción de los titulares de los demás créditos de que sea titular el prestatario o el acreditado¹²².

Ahora bien, cuando en un convenio se quiera introducir esta posibilidad, se tendrá que realizar como propuesta de naturaleza alternativa porque, para su eficacia, la conversión del crédito de los acreedores en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos, requerirá del expreso consentimiento de los acreedores que estén dispuestos a aceptarla. No puede obligarse al acreedor a convertirse en propietario, si no lo desea, ni se le puede compeler a percibir como pago algo distinto de lo pactado, alterando el principio de identidad de la prestación, sin su consentimiento expreso (art. 1166 CC). Por ello, la propuesta de convenio que introduzca esta proposición como alternativa a otras, deberá contener la alternativa aplicable en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección por los acreedores entre las diversas propuestas (art. 102.1 LC), y ello porque la mayoría no puede obligar a la minoría de acreedores en estos casos. Se trata de una facultad que tiene cada uno de los acreedores, por lo que no caben los convenios cuyo único contenido sea la oferta de conversión del crédito en acciones, participaciones sociales o cuotas sociales, o en créditos participativos¹²³.

¹²² ROJO, A. "El contenido del convenio" Op. Cit., pág. 395-396. GARCÍA VILLAVARDE, R. "Créditos participativos" en Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Libro homenaje a Evelio Verdera. Tomo II. Madrid 1994. Pág. 1081 y ss.

¹²³ ROJO, A. "El contenido del convenio" Op. Cit., pág. 379 y ss y 393. En el mismo sentido GUTIÉRREZ GILSANZ, A.: "El consentimiento en el convenio mediante conversión de créditos en acciones, participaciones sociales o créditos participativos". en RcP. La Ley, nº 10/2009. Pág. 292 y HÖLDER FRAU, H.A. en "El convenio en la quiebra y en la Ley concursal", Op. Cit. Pág. 271. En el auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid de fecha 23 de julio de 2.008 se indica que: "...El convenio es, por tanto, y, ante todo, un medio de cumplimiento de las obligaciones del deudor, quedando vigente, en lo no modificado por la Ley concursal, lo

Por último, haremos referencia al tratamiento de las propuestas con contenido alternativo. Se denomina propuesta con contenido alternativo a aquella que ofrece a los acreedores la facultad de elegir entre dos o más posibles modalidades de satisfacción. La alternativa puede ser dual, es decir, cuando son dos las modalidades de satisfacción posibles, o plural, cuando las modalidades de satisfacción son más de dos. Cada una de estas modalidades tiene los mismos límites que la propuesta de contenido único.

La Ley se refiere en distintos artículos a esta clase de propuestas (arts. 99.1, 100.2 y 134.1 LC) y regula específicamente la facultad de elección de las distintas alternativas por parte de los acreedores concursales (art. 102 LC).

Las propuestas con contenido alternativo pueden tener objeto muy variado, algunas de ellas, previstas expresamente, ya se han tratado anteriormente. Ahora bien, no puede incluirse como contenido alternativo de una propuesta una modalidad de satisfacción que implique nuevas obligaciones a cargo de uno o varios acreedores sin la previa conformidad de éstos (art. 125.2 LC).

El problema fundamental que plantean las propuestas de contenido alternativo es determinar si son válidas como propuestas de contenido único cuando una de las modalidades de satisfacción previstas resulta contraria a la Ley. En estos casos, la solución correcta es que el juez, dentro del plazo de

dispuesto en los artículos 1156 y siguientes del Código Civil y, en concreto lo relativo a la identidad de la prestación. Así, el artículo 1166 del citado texto legal establece que el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra equivalente o diferente, aunque fuera de igual o mayor valor que la debida. Es decir, si el deudor debe entregar una suma de dinero el acreedor no puede ser compelido por mor de la eficacia del convenio a percibir una cosa distinta si no lo desea, STS de 2 de noviembre de 1994 y 17 de diciembre de 2003, entre otras. Así, el artículo 100.1 de la Ley concursal indica que toda propuesta de convenio deberá incluir propuesta de quita o espera o combinar ambas, pues estos son los únicos modos de reorganización del pasivo del deudor a los que puede compelerse al acreedor por la eficacia del convenio en los términos del artículo 136 de la Ley concursal, cualquier otra modalidad alternativa de cumplimiento debe ser aceptada expresa o tácitamente por el acreedor en los términos de los artículos 102 y 125 de la Ley concursal. Precisamente el uso de la fórmula condicional podrá contener, junto al adverbio además en el apartado 2 del artículo 100 de la Ley concursal evidencia que el contenido de las proposiciones alternativas no puede ser el único contenido del convenio, que deberá respetar como propuesta general la identidad de la prestación pactada...". En el mismo sentido el auto de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de marzo de 2010 que confirma la resolución anterior.

tres días establecido para la admisión de la propuesta anticipada de convenio (art. 106.2 LC) o de la propuesta de convenio a tramitar durante la segunda fase (art. 114.1 LC), conceda la posibilidad de subsanación si aprecia que la propuesta alternativa presenta algún defecto en una o varias de las modalidades de satisfacción que contiene; y, naturalmente, el autor de la propuesta procederá a esa subsanación, dentro del término legal, suprimiendo de la misma la parte o partes que sean contrarias a la norma legal. Si no tiene lugar la subsanación, en la opción entre la invalidez total y absoluta de la propuesta alternativa o la validez parcial de la misma, sea como propuesta de contenido único, sea como propuesta alternativa aunque reducida la facultad de elección, resulta preferible la solución favorable a la validez parcial de la propuesta presentada. El principio de conservación de las declaraciones de voluntad permite entender, en efecto, que, en estos casos, se produce la conversión de la propuesta de contenido alternativo en propuesta de contenido único o la conversión de la propuesta de contenido alternativo plural en propuesta de contenido alternativo dual o con facultad de elección más reducida¹²⁴.

La característica esencial de la propuesta con contenido alternativo es el *ius electionis* que se atribuye a los acreedores. La función económica de esta clase de propuestas consiste en ampliar las posibilidades de aceptación del convenio¹²⁵.

Por razón de la titularidad de la facultad de elección, las propuestas con contenido alternativo se clasifican en generales y especiales. Son generales aquellas que atribuyen la facultad de elección a todos los acreedores concursales, sean ordinarios, sean privilegiados o preferentes, sean subordinados. Son especiales aquéllas en las que la atribución de esa facultad se realiza en favor de una o varias clases. El término clases tiene un contenido conceptual distinto del término grupo. Se denomina grupo de acreedores a aquél que se compone por acreedores determinados por sus características (art. 125.1 LC). Por el contrario, se denomina clase a cada una de las que, para la clasificación legal de los créditos concursales, establece la propia Ley. En

¹²⁴ Así ROJO, A. "El contenido del convenio" Op. Cit., pág. 385.

¹²⁵ *Ibídem*. Pág. 386.

este sentido, las clases de créditos sólo son tres: la clase de los créditos privilegiados, la clase de los créditos ordinarios y la clase de los créditos subordinados.

El ejercicio de la facultad de elección es independiente del derecho de adhesión y de voto. Existen acreedores que no tienen derecho a adherirse a la propuesta de convenio o a votar a favor de ella¹²⁶ y que, sin embargo, tienen la facultad de elección. Así, los acreedores subordinados, que, aunque no pueden configurar la voluntad colectiva tienen la facultad de elegir entre las distintas alternativas que reconozca el convenio, tal y como prevé el art. 134.1 LC.

La facultad de elección es individual, en el sentido de que corresponde única y exclusivamente al acreedor titular. No sería admisible una propuesta de contenido alternativo en la que la determinación de la modalidad de satisfacción no se realizara en función de las elecciones individuales de los miembros de una clase, sino en función del criterio de la mayoría de los integrantes de esa clase que hubieran ejercitado la facultad de elección, sea mayoría numérica, sea mayoría crediticia¹²⁷.

El ejercicio de la facultad de elección deberá realizarse en el plazo establecido en la propuesta de convenio, el cual no podrá exceder un mes a contar de la firmeza de la sentencia que lo apruebe (art. 102.2 LC). En el caso de que no se establezca el plazo, operará el plazo máximo de un mes previsto en el art. 102.2 LC. No obstante, para que una propuesta de contenido alternativo pueda ser admitida a trámite, se requiere, como condición esencial, que determine qué opción es la aplicable en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección (art. 102.1 LC). Si no se incluyera esta solución supletoria, la propuesta de contenido alternativo tendrá el carácter de propuesta defectuosa, aunque subsanable. La solución supletoria es de aplicación a todos los acreedores ordinarios y subordinados que no hubieran ejercitado oportunamente la facultad de elección.

¹²⁶ Es el caso de los titulares de créditos contingentes a que se refiere el art. 87.3 LC y el de los titulares de créditos subordinados y aquellos que hayan adquirido su crédito por actos inter vivos con posterioridad a la declaración del concurso, tal y como prevé el art. 122 LC. No sería, sin embargo, el caso de los titulares de créditos participativos, al no haber norma que los excluya expresamente.

¹²⁷ ROJO, A. "El contenido del convenio" Op. Cit., pág. 388.

4.4.- La liquidación como contenido prohibido del convenio

Ya hemos visto que la autonomía de la voluntad de las partes ex art. 1255 CC en orden a configurar el contenido de la propuesta de convenio concursal ha sido limitada por el legislador. Además de los límites al contenido remisorio y dilatorio del convenio, que ya han sido analizados anteriormente, el art. 100.3 LC establece otros límites o prohibiciones. Así, según el citado precepto: *“En ningún caso la propuesta podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos con la excepción del supuesto previsto en el artículo 155.4, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada”*.

De este modo quedan prohibidos, en primer lugar, los contenidos que tengan por objeto la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas con la excepción del art. 155.4 LC. La Ley Concursal, con esta prohibición, pretende dejar patente que el modelo de convenio es, fundamentalmente, un convenio de continuación de la actividad, de clara finalidad conservadora, relegando, cualquier fórmula de carácter liquidativo a lo dispuesto para esta otra forma de solución del concurso. A diferencia del convenio con cesión de bienes en pago o pro soluto, que es una transmisión de la masa activa con efectos solutorios de las deudas anteriores a la declaración judicial del concurso, el convenio con cesión de bienes para pago o pro solvendo no produce ese efecto solutorio inmediato sino que simplemente supone la atribución a los acreedores, o, como sucedía frecuentemente en la práctica anterior, a una comisión de éstos, de la facultad de liquidar los bienes cedidos para proceder con el importe obtenido al pago de los créditos reconocidos en el concurso, no teniendo cabida ninguna

de las dos modalidades en los concursos de acreedores. En realidad no se trata sino de actos de liquidación, que tienen su ámbito propio en la otra vía solutoria ofrecida por el concurso de acreedores (la liquidación) y que no se ven afectados, en modo alguno, por el efecto novatorio previsto en el art. 136 LC, de tal modo que, en el hipotético caso de que el valor de los bienes no fuera suficiente para saldar la totalidad de la deuda, el deudor seguiría siendo responsable por el porcentaje insatisfecho, tal y como determina el art. 178.2 LC.

Se salva de la prohibición, no obstante, la previsión del art. 155.4 LC que establece que: *“La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda”*. Dación limitada, por tanto, al acreedor con privilegio especial sobre el bien o la persona que él designe, y siempre que quede satisfecho el crédito con privilegio especial o el resto se reconozca con la calificación que corresponda.

Ahora bien, no se encuentra prohibido aquel convenio en el que se prevea la cesión de uno o varios conjuntos de bienes y derechos existentes en la masa activa a una persona natural o jurídica determinada que asume la doble obligación de continuar el ejercicio de la actividad y satisfacer los créditos de los acreedores concursales en los términos expresados en la propuesta de convenio (art. 100.2 LC); así mismo, tampoco se encuentra prohibido aquel convenio en el que se prevé la cesión de elementos aislados, no afectos a un establecimiento, a una explotación o a cualquier otra unidad productiva, a uno o varios acreedores, siempre que se observe lo establecido para los casos en los que la propuesta de convenio atribuya un trato singular (art. 125 LC). Lo que la Ley prohíbe son las cesiones globales de bienes y derechos a los acreedores

en pago o para pago de los créditos concursales; y no las cesiones singulares de bienes y derechos integrados en la masa activa¹²⁸.

Como hemos visto la Ley prohíbe también que la propuesta consista en cualquier forma de liquidación global de la masa activa para la satisfacción de los acreedores concursales. Por liquidación global se entiende la liquidación en conjunto de los bienes y derechos que integran la masa activa, es decir, la liquidación como un todo del patrimonio concursal. No se admiten, pues, los convenios de liquidación global, sea directa o indirecta o por conversión: no sólo están prohibidos aquellos convenios cuyo objeto sea la liquidación global de la masa, sino también aquellos otros convenios de continuación en los que, en caso de incumplimiento, se atribuya a una comisión de acreedores o a los antiguos administradores concursales la facultad de proceder a la enajenación en conjunto de la masa activa para pagar a los acreedores con el producto obtenido en esa liquidación. Por el contrario, no existe inconveniente en atribuir a la comisión de acreedores o a los administradores concursales la facultad de enajenar bienes determinados, con los límites antes señalados, para el caso de que el deudor no pueda hacer frente a los compromisos adquiridos frente a los acreedores de la masa o frente a los propios acreedores concursales. Tampoco prohíbe la Ley que, entre las cláusulas del convenio, se incluya una relativa a la liquidación o enajenación de singulares bienes y derechos de la masa activa, siempre que se determinen en la propuesta de convenio. Al tratar del plan de pagos, la propia Ley hace referencia, si bien incidentalmente, a la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado, enajenación que permite aumentar los recursos previstos para el cumplimiento del convenio (art. 100.4 LC). Pero, no tienen cabida aquellos convenios de liquidación parcial de la masa activa, a través de enajenaciones singulares de bienes y derechos, que afecten a la mayor parte de esa masa o a la de mayor valor¹²⁹.

También prohíbe la Ley concursal que en virtud del convenio se proceda a la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley o de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, dado que el convenio

¹²⁸ ROJO, A. "El contenido del convenio" Op. Cit., pág. 403 y PULGAR EZQUERRA, J. en "Comentarios a la Ley Concursal" Op. Cit. Pág. 1030.

¹²⁹ ROJO, A. "El contenido del convenio" Op. Cit., pág. 404.

no es el momento de clasificar y cuantificar los créditos. Esta labor se encomienda a la administración concursal en su informe y la disconformidad con el mismo se resuelve por el juez a través del incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores previsto en el art. 96 LC. Resueltas todas la impugnaciones o de no haber habido alguna, los textos definitivos recogen la clasificación y cuantía de los créditos concursales, sin que le haya sido dada a la Junta de acreedores la competencia, a diferencia de lo que ocurría en la quiebra, ni al contenido del convenio la virtualidad de modificar ni esa calificación, ni su cuantía. No obstante, la regla no afecta a las quitas que puedan acordarse, ni a lo que se pueda establecer respecto a los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad, tal y como establece el art. 100.5 LC.

Pero hay que destacar que existe otra prohibición, regulada en el art. 101 LC, en el que se prevé que se tendrá por no presentada la propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición, debiendo, por tanto, ser pura, esto es, no sometida a condición. Por condición habrá que entender, conforme a lo establecido en el Código Civil un acontecimiento futuro e incierto o pasado que los interesados ignoren (art. 1113 CC) y que no dependa exclusivamente de la voluntad del deudor (art. 1115 CC), esta prohibición no se extiende a las obligaciones a plazo, que por otra parte determinará en la mayoría de las ocasiones el contenido del convenio. El efecto de la presentación de una propuesta condicionada de convenio no es la subsanación o tener por no puesta la condición, sino la inadmisión a trámite de la propuesta misma de convenio, pues según el art. 101.1 LC, la propuesta se tendrá por no presentada o, si fuera admitida y se aprobara se producirá el rechazo de oficio por infracción legal del contenido¹³⁰.

Existe, no obstante una excepción, que permite la propuesta condicionada, contemplada en el art. 101.2 LC en el que expresamente y por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, se admite en supuestos de concursos conexos que la propuesta que presente uno de los concursados se

¹³⁰ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid de 12 de noviembre de 2007 que rechazó de oficio un convenio por considerar que estaba sometido a condición y acordó la apertura de la fase de liquidación.

condicione a la aprobación judicial del convenio de otro u otros. Se trata de los supuestos de acumulación originaria de concursos por concurrir la causa de declaración conjunta del art. 25 LC o los de acumulación sobrevenida previstos en el art. 25 bis, introducido en la Ley Concursal en virtud de la Ley 38/2011 de Reforma de la Ley Concursal.

5.- LA EFICACIA DEL CONVENIO: LA NOVACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

5.1.- La aprobación judicial del convenio

Sobre la base de lo establecido en el art. 133.1 LC el convenio produce plenos efectos desde la fecha de la sentencia de su aprobación, salvo que el juez, por razón del contenido del convenio, acuerde, de oficio o a instancia de parte, retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación alcance firmeza. Por tanto, reside en la aprobación del convenio el momento determinante para que éste despliegue sus efectos, aunque la expresión del art. 133.1 LC relativa a la plena eficacia del convenio debe ser matizada, por cuanto, como veremos, algunos de los efectos del convenio se producen, solamente, con el cumplimiento del mismo y no con su aprobación y otros se produjeron antes y cesan precisamente con ésta.

Situándose en la aprobación judicial del convenio el momento a partir del cual éste produce sus efectos, es necesario determinar cuando se produce esa aprobación. El convenio es un *“negocio jurídico sui generis”* que requiere consentimiento o aprobación de los acreedores y aprobación del juez, situándose en dicha aprobación el momento a partir del cual el convenio comienza a producir sus efectos. El procedimiento de aprobación difiere según la tramitación que se de a las diversas propuestas de convenio, aún cuando con independencia de la tramitación del convenio por la que se opte, podemos distinguir dos momentos esenciales, de un lado, la aceptación por los acreedores y de otro la aprobación judicial.

La aceptación por los acreedores constituye un elemento esencial en el proceso de aprobación del convenio, manifestación de la naturaleza consensual del convenio concursal. Frente al papel que los acreedores, reunidos en junta, desempeñaban en la quiebra y en la suspensión de pagos, la aceptación de la propuesta constituye una de las pocas competencias que la Ley Concursal ha reservado a la colectividad de los acreedores como manifestación del poder de decisión de los acreedores en el concurso¹³¹. Si a la Junta de acreedores le correspondía en el derecho codificado, entre sus competencias más significativas, el nombramiento de los síndicos, el reconocimiento y graduación de créditos, la aprobación de la propuesta de convenio, la separación y sustitución de los síndicos, así como la aprobación de cuentas de la sindicatura, en La Ley Concursal 22/2003 se optó, como criterio de política legislativa por un vaciamiento de competencias de la Junta de acreedores¹³². De este modo, el nombramiento de los administradores concursales corresponde al Juez del Concurso (art. 27.3 LC), al igual que la separación o sustitución de los mismos (arts. 37 y 38 LC); el reconocimiento y graduación de créditos se atribuye en un primer momento a la administración Concursal (art. 94 LC), si bien en caso de impugnación resolverá el Juez del concurso (art. 96.4 LC); la aprobación de la rendición de cuentas de la administración concursal corresponde al Juez del concurso (art. 181.3 LC). No obstante, como no podía ser de otro modo, la aceptación de la propuesta de convenio, sigue correspondiendo a los acreedores como colectivo, bien en junta, bien individualmente mediante adhesiones en función de la tramitación de la propuesta de convenio, pues el convenio concursal se configura, como venimos diciendo, como un convenio de masa.

En efecto, cualquiera que sea la tramitación del convenio por la que se hubiere optado, su aprobación judicial requiere que la propuesta, una vez admitida a trámite (arts. 106 y 114 LC), haya obtenido la aceptación de la colectividad de los acreedores (arts. 124 y 125 LC). No obstante, la clase de tramitación de la propuesta de convenio determina el sistema o sistemas de aceptación. En este sentido, en la tramitación ordinaria, la aceptación de la

¹³¹ ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M. "El poder de decisión de los acreedores en el concurso", Op. Cit. Pág. 287 y ss.

¹³² *Ibídem*.

propuesta por los acreedores puede realizarse por medio de un sistema de adhesión (art. 115.3 LC) o, en junta de acreedores por medio de voto (art. 121.4 LC), frente a lo que acontece en la tramitación anticipada en la que la aceptación de la propuesta presentada al juzgado ya acompañada de adhesiones (art. 106.1 LC), sólo y exclusivamente puede realizarse mediante la adhesión individual de los acreedores (art. 108.1). Adhesión y voto son, pues, los dos sistemas de aceptación de la propuesta, teniendo el primero carácter común por cuanto que puede utilizarse tanto en los casos de tramitación ordinaria como en los casos de tramitación anticipada y, el segundo, carácter especial, en la medida en que únicamente puede utilizarse en los casos de tramitación ordinaria¹³³.

En supuestos de la propuesta anticipada de convenio la aceptación se produce, exclusivamente, a través de las adhesiones de los acreedores, que constituyen una declaración de voluntad, bajo fe pública, judicial o notarial, mediante la cual uno o varios acreedores, ordinarios o privilegiados aceptan una propuesta de convenio formulada por el deudor o por otro u otros acreedores. Se trata de una declaración de voluntad que no es definitiva, por cuanto que, por el simple hecho de que el adherido concurra a la junta de acreedores, la adhesión queda sin efecto (art. 121.4, LC); y se trata de una declaración de voluntad que por sí misma no produce los efectos de cualquier otra aceptación negocial de una oferta. El acreedor que se adhiere, por el simple hecho de adherirse, no queda vinculado por el convenio. La aceptación de la propuesta tiene que ser colectiva, en el sentido de que exige la aceptación por parte de determinados porcentajes según la clase de convenio de que se trate (arts. 124 y 125 LC). El convenio concursal, en cuanto convenio de masa, no se integra por una pluralidad de singulares negocios jurídicos, sino que constituye un único negocio en que la parte acreedora expresa la voluntad de la colectividad crediticia a través de porcentajes del pasivo ordinario¹³⁴. Las adhesiones pueden manifestarse desde la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores y puede revocarse si la clase y cuantía del

¹³³ ROJO, A. "La adhesión de los acreedores". ADCo, Aranzadi, nº 1/2004. Pág. 11 y ss.

¹³⁴ *Ibíd.*

crédito expresadas en la adhesión resultan modificadas en la redacción definitiva de la lista de acreedores (art. 108 LC).

En la tramitación ordinaria la aceptación puede producirse mediante adhesiones o mediante voto favorable emitido en Junta de acreedores (arts. 115.3, 115 bis 2 y 121.4 LC). Sin embargo, tras la reforma llevada a cabo por el RDL 3/2009, la celebración de la Junta ya no será siempre necesaria, aun cuando se abra la fase de convenio, ya que según el art. 111.3 LC, en caso de que el número de acreedores sea superior a trescientos el Juez podrá acordar la tramitación escrita, regulada en el art. 115 bis, en la que la aceptación se produce, al igual que en la tramitación de la propuesta anticipada de convenio a través de la adhesión. La adhesión también puede producirse en la tramitación ordinaria con celebración de Junta, equiparándose, en caso de inasistencia del acreedor a la junta, al voto favorable, pero sin vincular el sentido de su voto en caso de asistencia (art. 121.4 LC).

La mera posibilidad de que la aceptación se exprese a través de la adhesión pone de manifiesto que la Junta de acreedores y, por consiguiente, el voto de los concurrentes han perdido el protagonismo que, a lo largo del pasado siglo XIX, han tenido en los distintos procedimientos concursales. En el caso de convenio durante la primera fase o fase común, la junta de acreedores no es órgano que pueda ser convocado por el juez ni que pueda constituirse: el convenio anticipado es un convenio aceptado sin junta de acreedores; y en el caso de convenio de tramitación ordinaria la junta es un órgano concursal “degradado”, no sólo por la pérdida de competencias, sino también por la admisibilidad de que la voluntad de aceptar la propuesta de convenio se exprese antes de la junta mediante simple adhesión o en caso de tramitación escrita ni siquiera llegue a convocarse¹³⁵. La formación de la voluntad de la colectividad crediticia no exige la concurrencia de los titulares de los créditos concursales a una reunión en el lugar, día y hora determinados por el juez. Por supuesto, en esa tramitación ordinaria, la junta continúa siendo un órgano cuya convocatoria y constitución son necesarias para que, obtenidos los porcentajes legalmente establecidos, el juez pueda aprobar el convenio. Pero se trata de un

¹³⁵ *Ibíd.*

órgano para cuya constitución no se exige la concurrencia real, por sí o por medio de representante, de ningún acreedor concursal. La Ley establece que aquellos acreedores que hubieran firmado algunas de las propuestas de convenio y -lo que ahora más interesa- aquellos acreedores que se hubieran adherido, en tiempo y forma, a cualquiera de ellas, se tendrán por presentes a los efectos del quórum de constitución (art. 118.3 LC), y que esas firmas y esas adhesiones se tienen que computar como votos favorables (art. 121.4 LC). En realidad, la junta es tan sólo el órgano legalmente previsto para el ejercicio del derecho de información sobre el convenio propuesto (art. 120 LC) o, más exactamente, el órgano legalmente previsto para que los acreedores concurrentes soliciten aclaraciones sobre el informe de la administración concursal (arts. 74 y 75 LC), sobre la propuesta de convenio (art. 100 LC) y sobre los escritos de evaluación de esa propuesta por parte de los administradores concursales (arts. 107 y 115 LC); y, en su caso, el órgano colector de las voluntades de los acreedores más remisos o más dubitativos para la aceptación y el órgano en el que pueden expresarse, aunque sin garantías de público, aquellos acreedores concursales que se muestren en contra de la propuesta¹³⁶. Ciertamente la Junta de acreedores, entendida como centro de referencia con unidad jurídica que tiene competencias en un procedimiento, en este caso concursal, puede ser considerada como un órgano procesal¹³⁷, si bien la reforma llevada a cabo por el RDL 3/2009, implica que la convocatoria de la Junta no siempre será necesaria, incluso en caso de apertura de la fase de convenio, ya que se admite la tramitación escrita, por lo que la Junta todo lo más será un órgano no necesario del concurso¹³⁸, u órgano subordinado o de existencia condicionada¹³⁹, aunque tal vez sea mejor

¹³⁶ *Ibídem*. Pág. 11 y ss.

¹³⁷ PORFORIO CARPIO, L. J. "La junta de acreedores (Su especial consideración como órgano del concurso)". Cizur Menor 2.008. Pág. 71.

¹³⁸ OLIVENCIA RUIZ, M.: "Facultades del juez y voluntad de las partes en el procedimiento de declaración de concurso". RPJ nº XVIII, especial sobre la Ley Concursal, Madrid, 2004. Pág. 30.

¹³⁹ QUIJANO GONZÁLEZ, J. "La Junta de acreedores en el nuevo Derecho concursal español" en Derecho concursal. Estudio sistematizado de la L 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal. García Villaverde, R. Alonso Ureba, A. y Pulgar Ezquerro, J. directores. Paracuellos del Jarama, 2003. Pág. 250.

hablar del poder decisión de los acreedores como colectivo, con independencia de que se reúnan o no en junta¹⁴⁰.

Cualquiera que sea la tramitación seguida en orden a la aceptación de la propuesta de convenio, no tendrán derecho de voto, según el art. 122 LC los titulares de créditos subordinados y los que hubieran adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración del concurso, salvo que la adquisición hubiera tenido lugar por un título universal o como consecuencia de una realización forzosa o tras la reforma introducida en la Ley Concursal por la Ley 38/2011 por una entidad sometida a supervisión financiera. No obstante, estos acreedores podrán ejercitar el derecho de voto que les corresponda por otros créditos de que sean titulares. Para que la propuesta de convenio, sea ordinaria o anticipada, sea aceptada es necesario que, tal y como establece el art. 124 LC, voten a favor de la misma acreedores que titulen, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso.

No obstante, cuando la propuesta consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento, será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo superior a la que vote en contra. A estos efectos, en los supuestos de propuesta anticipada y de tramitación escrita, los acreedores deberán, en su caso, manifestar su voto en contra con los mismos requisitos previstos para las adhesiones en el artículo 103 y en los plazos, según sea el caso, de los artículos 108 y 115 bis. A efectos del cómputo de las mayorías en cada votación, se consideran incluidos en el pasivo ordinario del concurso los acreedores privilegiados que voten a favor de la propuesta. Existen reglas especiales para el caso de propuestas de convenio que atribuyan un trato singular a ciertos acreedores o a grupos de acreedores determinados por sus características. En estos supuestos será preciso, además de la obtención de la mayoría que corresponda conforme al artículo anterior, el voto favorable, en la misma proporción, del pasivo no afectado por el trato singular. En estos casos no se considerará que existe un trato singular cuando la propuesta de convenio mantenga a favor de los acreedores

¹⁴⁰ ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M. "El poder de decisión de los acreedores en el concurso", Op. Cit. Pág. 380.

privilegiados que voten a su favor ventajas propias de su privilegio, siempre que esos acreedores queden sujetos a quita, espera o a ambas, en la misma medida que los ordinarios. Tampoco podrá someterse a deliberación la propuesta de convenio que implique nuevas obligaciones a cargo de uno o varios acreedores sin la previa conformidad de éstos, incluso en el caso de que la propuesta tenga contenidos alternativos o atribuya trato singular a los que acepten las nuevas obligaciones (art. 125 LC).

Pero para que el convenio sea aprobado no basta la aceptación por parte de los acreedores, sino que es necesario que la propuesta sea aprobada por el Juez del concurso (homologación judicial). Para ello es preciso que no se haya formulado por ninguno de los acreedores, el deudor o la administración concursal oposición a la aprobación judicial del convenio, o que de haberse formulado haya sido rechazada en sentencia, que el concursado no solicite la liquidación y que no proceda el rechazo de oficio del convenio.

La oposición a la aprobación judicial del convenio es básicamente un medio de tutela preventivo, esto es, un medio de defensa de los intereses sobre todo de determinados acreedores, que se ejercita antes de que el convenio surta efectos y tendente a que no los produzca¹⁴¹. La legitimación para formular esa oposición la atribuye la Ley a los acreedores no asistentes a la junta, los que en ella hubieran sido ilegítimamente privados del voto y los que hubieran votado en contra de la propuesta de convenio aceptada por mayoría, así como, en caso de propuesta anticipada de convenio, quienes no se hubiesen adherido a ella. También está legitimado el concursado que no hubiere formulado la propuesta de convenio aceptada por la junta ni le hubiere prestado conformidad (art. 128 LC).

Las causas de oposición están legalmente tasadas, pudiendo fundarse solo en la infracción de las normas que la Ley Concursal establece sobre el contenido del convenio, la forma y el contenido de las adhesiones, las reglas sobre tramitación escrita, constitución de la junta o su celebración. Se consideran incluidos entre los motivos de infracción legal aquellos supuestos

¹⁴¹ GUTIÉRREZ GILSANZ, A. "Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición nulidad y declaración de incumplimiento". Monografías de la RcP. La Ley 7/2007. Pág. 122.

en que la adhesión o adhesiones decisivas para la aprobación de una propuesta anticipada de convenio o tramitación escrita, o, en su caso, el voto o votos decisivos para la aceptación del convenio por la junta, hubieren sido emitidos por quien no fuere titular legítimo del crédito u obtenidos mediante maniobras que afecten a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios. Además de estas causas formales de oposición, la administración concursal y los acreedores mencionados en el apartado anterior que, individualmente o agrupados, sean titulares, al menos, del cinco por ciento de los créditos ordinarios podrán además oponerse a la aprobación judicial del convenio cuando el cumplimiento de éste sea objetivamente inviable, lo que introduce criterios de oportunidad entre las causas de oposición a la aprobación del convenio.

De este modo, el régimen introducido por la Ley 22/2003, frente a lo que ocurría en la quiebra y en la suspensión de pagos, en las que las causas que podían basar la oposición estaban tasadas y conectaban, en general, con el respeto a las normas procesales sobre formación del convenio o con el posible fraude que hubiera viciado el consentimiento (art. 902 del CCom. Y art. 16 de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922), ha reforzado de modo muy positivo la tutela de las partes frente al convenio. No se olvide que el convenio es de mayoría y que obliga, en general, a todos los acreedores, aunque no lo hayan votado, por lo que se debe dar la posibilidad de poner de manifiesto los motivos por los que el convenio debe surtir efectos definitivamente, incluyendo, por supuesto, la misma bondad del convenio¹⁴².

La oposición deberá formularse en el plazo de diez días, contado desde el siguiente a la fecha en que el Secretario judicial haya verificado que las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legal para la aceptación del convenio, en el caso de propuesta anticipada o tramitación escrita, o desde la fecha de conclusión de la junta, en el caso de que en ella se acepte una propuesta de convenio (art. 128.1 LC). El efecto de la sentencia estimatoria será, en caso de defecto en la convocatoria, la celebración de la junta o la tramitación escrita, la nueva convocatoria, nueva celebración de la junta o

¹⁴² GUTIÉRREZ GILSANZ, A. "Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición nulidad y declaración de incumplimiento". Op. Cit. Pág. 122.

nueva tramitación escrita. En caso de que el motivo sea la infracción legal del contenido del convenio o la falta de viabilidad objetiva del cumplimiento del mismo la sentencia comportará el rechazo del convenio. En otro caso el juez aprobará el convenio aceptado, sin que en ningún caso pueda modificarlo, aunque sí fijar su correcta interpretación cuando sea necesario para resolver sobre la oposición formulada, pudiendo, asimismo, subsanar errores materiales o de cálculo (art. 129 LC).

Si bien la falta de oposición implicaría la aprobación judicial del convenio (art. 130 LC), lo cierto es que existe un segundo filtro que puede impedir que el convenio sea aprobado: el rechazo de oficio por el juez. Esta posibilidad se regula en el art. 131 LC. Según el cual: *“1 El juez, haya sido o no formulada oposición, rechazará de oficio el convenio aceptado por los acreedores si apreciar que se ha infringido alguna de las normas que esta ley establece sobre el contenido del convenio, sobre la forma y el contenido de las adhesiones y sobre la tramitación escrita o la constitución de la junta y su celebración. 2 Si la infracción apreciada afectase a la forma y contenido de algunas de las adhesiones, el juez, mediante auto, concederá el plazo de un mes para que aquéllas se formulen con los requisitos y en la forma establecidos en la Ley, transcurrido el cual dictará la oportuna resolución. 3. Si la infracción apreciada afectase a la constitución o a la celebración de la junta, el juez dictará auto acordando que el secretario judicial convoque nueva junta para su celebración conforme a lo establecido en el artículo 129.2.4. Si la infracción apreciada afectase a las reglas sobre la tramitación escrita del convenio, el juez acordará que el secretario judicial convoque junta en los términos expresados en el apartado anterior o que se proceda a nueva tramitación escrita por un plazo no superior a treinta días desde la fecha del auto”¹⁴³.*

El control del Juez es un control de estricta legalidad, no solo de los aspectos formales relativos a la formación de la voluntad colectiva de los acreedores, sino también del contenido del convenio. La posibilidad de rechazo

¹⁴³ De esta posibilidad han hecho uso los Juzgados mercantiles en diversas ocasiones. Así, sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid de 12 de noviembre de 2.007 y sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga de 9 de julio de 2.008.

por parte del juez se fundamenta en la infracción de normas imperativas por lo que esa decisión sólo está justificada cuando lo acordado sea absolutamente nulo, por haber infringido dicha reglas. Si no se exigiera la aprobación judicial, el convenio sería igualmente nulo en el caso de que infringiera dichas normas imperativas, ya que esa es la sanción que, como regla, se aplica a la violación de todo *ius cogens*, tal y como establece el art. 6.3 del Código Civil¹⁴⁴.

En caso de falta de oposición, o que formulada haya sido rechazada, y si no procede el rechazo de oficio del convenio el Juez constatada existencia de mayoría suficiente en orden a la aceptación de la propuesta, procederá, de conformidad con lo establecido en el art. 130 LC, a aprobar el convenio.

5.2.- Momento de adquisición de la eficacia: Eficacia total y parcial

Conforme se establece en el art. 133.1 LC: *“El convenio adquirirá eficacia desde la fecha de la sentencia que lo apruebe, salvo que el juez, por razón del contenido del convenio, acuerde, de oficio o a instancia de parte, retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación alcance firmeza.*

Al pronunciarse sobre el retraso de la eficacia del convenio, el juez podrá acordarlo con carácter parcial”.

Por consiguiente, como regla general, el convenio adquiere plena eficacia desde la fecha de la sentencia de aprobación, siendo indiferente que la sentencia que lo apruebe haya sido o no notificada a las partes¹⁴⁵. Es a partir de este momento cuando el convenio desplegará todos sus efectos, materiales y procesales, frente a aquellos sujetos a los que vincule, salvo que la sentencia se recurra en apelación y el Juez del concurso acuerde la suspensión de sus consecuencias. En la Ley Concursal 22/2003 se altera, por tanto, el criterio que había sido seguido en los Anteproyectos de Ley Concursal de 1983 (art. 233) y 1995 (art. 171), en los que el convenio adquiriría plena eficacia en la fecha en

¹⁴⁴ FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R., en “El convenio en el concurso de acreedores”, Op. Cit. Pág.470.

¹⁴⁵ VILARRUBIAS, F.”La eficacia del convenio concursal” en Libro Homenaje a Manuel Olivencia, Op. Cit. Pág. 4783; ROJO, A. “Comentarios a la Ley Concursal”, Op. Cit. Pág. 2213.

que alcanzase firmeza la resolución judicial que lo apruebe, adelantándose el momento de la eficacia¹⁴⁶. No obstante, este principio general debe ser matizado, pues la eficacia para el cómputo del “dies a quo” de las esperas pactadas en el convenio se computa desde la fecha de la firmeza de la sentencia de aprobación del convenio (art. 100.1 LC)¹⁴⁷.

No obstante, el citado precepto introduce la posibilidad de que el Juez del concurso acuerde la suspensión de la eficacia del convenio. En este sentido, el art. 133.1 in fine LC autoriza a que el Juez del concurso por razón del contenido del convenio, acuerde, de oficio o a instancia de parte, retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación alcance firmeza. Al pronunciarse sobre el retraso de la eficacia del convenio, el juez podrá acordar éste con carácter parcial. Por su parte el art. 197.6 LC in fine establece que si se hubiera solicitado la suspensión del convenio al recurrir, el juez podrá acordarla con carácter parcial. Su decisión podrá ser revisada por la Audiencia Provincial a solicitud de parte formulada en el escrito de interposición de la apelación u oposición a la misma, en cuyo caso esta cuestión habrá de ser resuelta con carácter previo al examen del fondo del recurso y dentro de los diez días siguientes a la recepción de los autos por el Tribunal, sin que contra el auto que se dicte pueda interponerse recurso alguno. Esta suspensión podrá extenderse a la totalidad de los efectos del convenio o solo a parte de ellos.

5. 3.- El cese de los efectos de la declaración del concurso

La aprobación judicial del convenio no determina la conclusión del procedimiento concursal, lo que si acontecía con la quiebra. Solo el cumplimiento del convenio llevará aparejada la conclusión del procedimiento concursal, pues así lo establece el art. 176.1.2 LC. Ello no quiere decir que la aprobación judicial del convenio no comporte importantes efectos tanto en

¹⁴⁶ HÖLDER FRAU, H.A. en “El convenio en la quiebra y en la Ley concursal”, Op. Cit. Pág. 374.

¹⁴⁷ ROJO, A. “Comentarios a la Ley Concursal”, Op. Cit. Pág. 2213.

relación al propio procedimiento concursal, como en relación al deudor y sus acreedores.

Conforme se establece en el art. 133.2. LC: *“desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio y sin perjuicio de los deberes generales que para el deudor establece el artículo 42”*. A pesar de la generalidad del precepto, pese a la aprobación judicial del convenio, no se produce un cese automático y global de todos y cada uno de los efectos de la declaración del concurso y su sustitución por los efectos previstos en el convenio. Así, algunos ya habrán cesado¹⁴⁸, otros se producirán en el momento de cumplimiento del convenio, como se analizará más adelante y, por último, otros se mantienen; como expresamente reconoce el propio artículo, el deudor tiene todavía el deber de colaboración e información que resulta fundamental en la sección de calificación, por lo que habrá que ir caso por caso para analizar el alcance que la aprobación del convenio tiene sobre cada uno de los efectos que produce la declaración del concurso¹⁴⁹.

Asimismo, de conformidad con el art. 60 LC, también continuará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración y la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores o auditores de la persona jurídica, porque dicha interrupción se inicia con la declaración del concurso y no finaliza hasta la conclusión del concurso y, en caso de aprobación de un convenio, tras la nueva opción adoptada por la Ley Concursal, la conclusión del concurso no se produce hasta el cumplimiento del convenio (art. 176.1.2º LC).

¹⁴⁸ Es el caso de la posibilidad de rehabilitar determinados contratos, al amparo de lo previsto en los arts. 68, 69 y 70 LC.

¹⁴⁹ VILARRUBIAS, F. “La eficacia del convenio concursal”. Op. Cit. Pág. 4786. En relación a este punto PULGAR EZQUERRA J. plantea en “Rescisión concursal y aprobación judicial del convenio. Clausulas convencionalmente pactadas”, RDM, Aranzadi, nº 279/2011. Pág. 167 y ss., el problema que se suscita en relación al posible ejercicio, tras la aprobación del convenio de acciones rescisorias concursales, que en realidad no son en nuestro modelo un efecto de la declaración del concurso. Otro problema que se plantea es el relativo a la reactivación, tras la aprobación del convenio, de la obligación de los administradores sociales en orden a promover la disolución de la sociedad o su postergación al momento en que se declara el cumplimiento del convenio y en consecuencia se concluye el concurso.

Uno de los efectos más importantes es que el concursado recuperará plenamente las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio como consecuencia del cese de los administradores concursales previsto en el art. 133.2 LC. Así, si se hubiera acordado la intervención o suspensión de estas facultades del concursado ex art. 40.1 y 2 LC, con la eficacia del convenio se alzarán dichas limitaciones, por lo que el concursado recuperará sus facultades patrimoniales. Ahora bien, esto ocurrirá siempre y cuando en el convenio no se hubieran limitado estas facultades patrimoniales del concursado tal y como establece el art. 137 LC.

En cuanto a las medidas restrictivas de las libertades y derechos individuales, adoptadas al amparo de lo establecido en el art. 1 de la Ley Orgánica 8/12003 de 9 de julio para la reforma concursal, al estar vinculadas, fundamentalmente, a las medidas de intervención o suspensión sobre las facultades de administración del concursado, no parece que deban surtir efectos más allá de la aprobación del convenio¹⁵⁰, sobre todo si se tiene en cuenta el criterio restrictivo que debe primar en la aplicación de disposiciones limitativas de los derechos fundamentales y las libertades individuales.

Por otra parte, la Ley Concursal regula en el art. 138 el derecho de información sobre el estado de cumplimiento del convenio. Con periodicidad semestral, contada desde la fecha de la sentencia aprobatoria del convenio, el deudor informará al Juez del concurso acerca de su cumplimiento.

Dispone el art. 133.3 LC que no obstante su cese, los administradores concursales conservarán plena legitimación para continuar los incidentes en curso, pudiendo solicitar la ejecución de las sentencias y autos que se dicten en ellos, hasta que sean firmes, así como para actuar en la sección sexta hasta que recaiga sentencia firme. Además, según el apartado 4 del citado precepto, con el previo consentimiento de los interesados, en el convenio se podrá encomendar a todos o a alguno de los administradores concursales el ejercicio de cualesquiera funciones, fijando la remuneración que se considere oportuna. Producido el cese, los administradores concursales rendirán cuentas de su

¹⁵⁰ VILARRUBIAS, F. "La eficacia del convenio concursal". Op. Cit. Pág. 4789. En contra ROJO, A. "Comentarios a la Ley Concursal", Op. Cit. Pág. 2215.

actuación ante el Juez del concurso, dentro del plazo que éste señale (art. 133.2 in fine LC).

Desde un punto de vista sistemático resulta sumamente desconcertante que se aborde el cese de la administración concursal en el marco de un artículo destinado a regular la firmeza de la aprobación judicial de la propuesta de convenio. Por tanto, hubiera sido más acertado, siempre desde una visión sistemática de la Ley, ubicar el momento del cese de los administradores concursales al final del Título destinado a la administración concursal o como un artículo autónomo en el seno de la propia Sección 7ª, se producirán así problemas de encaje que precisarán de la interpretación sistemáticas de las disposiciones implicadas para su resolución¹⁵¹.

No se condiciona en la Ley Concursal al cumplimiento íntegro del convenio para que se produzca el cese de la administración concursal, sino que cesarán en su cargo desde la eficacia misma del convenio, esto es, desde la fecha de la sentencia de aprobación judicial del convenio. Asimismo, con el cese de la administración concursal se producirá la de los auxiliares delegados de conformidad con el art. 32.3 LC. No obstante, pueden darse dos situaciones en las que la administración concursal, pese a la eficacia del convenio y el cese en su cargo, tenga que desempeñar algunas funciones en el seno del procedimiento concursal. Así, en primer lugar, cuando el convenio les pudiese encomendar a todos o alguno de ellos alguna función hasta su íntegro cumplimiento. Si bien en estos casos la actuación de la administración concursal deriva no de lo dispuesto en la Ley, sino de lo acordado en el convenio, por lo que sería mejor hablar de una administración convencional, viniendo sus facultades y su estatuto determinados no por disposiciones legales, sino por las cláusulas del convenio¹⁵². En segundo lugar, en los casos en que se forme la Sección de calificación del concurso ex art. 167.1 LC. En efecto, y pese a que se haya aprobado un convenio, en la mayoría de las ocasiones procederá la apertura de la Sección de calificación (art. 163.1.1º LC)

¹⁵¹ HÖLDER FRAU, H.A. en “El convenio en la quiebra y en la Ley concursal”, Op. Cit. Pág.385.

¹⁵² ROJO, A. “Comentarios a la Ley Concursal”, Op. Cit. Pág. 2219; DE LA CUESTA RUTE, J.M. en “El convenio concursal, comentarios a los arts. 98 a 141 de la Ley Concursal”, Op. Cit. Pág. 197; GALLEGU SÁNCHEZ, E. en “Comentarios a la legislación concursal”, Op. Cit. Pág.1242.

en la que juega un papel esencial el informe de la Administración concursal, que debe mantenerse en sus funciones, a esos solos efectos¹⁵³.

Una vez que hayan cesado, los administradores concursales deben rendir cuentas de su actuación ante el Juez del concurso dentro del plazo que éste señale. Para cumplir con esta obligación legal que ordena la Ley Concursal, la administración concursal deberá redactar un informe donde incluirá una completa rendición de cuentas en la que se informará con carácter necesario sobre dos extremos: la justificación cumplida de la utilización que se haya hecho de las facultades de administración que les hubieran podido ser conferidas y del resultado y saldo final de las operaciones realizadas. Además, en este informe de rendición de cuentas se solicitará al Juez del concurso la aprobación de las mismas (art. 181.1 LC).

Por otra parte, es posible que el convenio, atribuya alguna o algunas de las facultades atribuidas a la administración concursal a una comisión de acreedores. Esta figura, no prevista legalmente, no se encuentra prohibida y debe ser admitida en base al principio de autonomía de la voluntad que rige el contenido del convenio. En ese caso, el convenio deberá determinar la composición y el régimen de actuación de la comisión o comité de acreedores, así como las funciones que se le atribuyan. Por lo general, se tratará de un órgano convencional, que actuará en régimen de colegialidad, con capacidad de auto-organización. Entre las funciones que pueden atribuirse a esta comisión o a este comité de acreedores, destaca la relativa a la fiscalización o supervisión del cumplimiento del convenio por el concursado. En todo caso, las funciones atribuidas convencionalmente a esta comisión o a este comité de acreedores no pueden afectar, directa o indirectamente, a las funciones atribuidas por la Ley a otros órganos concursales, o a los derechos de los acreedores¹⁵⁴.

También, de conformidad con lo establecido en el art. 56 LC, queda abierta la posibilidad de reanudar o iniciar ejecuciones de bienes con garantía

¹⁵³ GALLEGOS SÁNCHEZ, E. en "Comentarios a la legislación concursal", Op. Cit. Pág. 1243.

¹⁵⁴ ROJO, A. "El contenido del convenio" Op. Cit., pág. 382.

real afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor. Asimismo, después de la aprobación del convenio, podrán iniciarse las ejecuciones ante el Juez del concurso para hacer efectivos los créditos contra la masa que no se hubieran satisfecho a sus respectivos vencimientos.

En relación a las acciones de reintegración previstas en el art. 71 LC, la aprobación del convenio no debería impedir el ejercicio de las que hubieran sido interesadas por los acreedores, al amparo del art. 72.1 LC y todavía no se hubiesen ejercitado. Tampoco el de aquellas que el propio convenio contemple deban ejercitarse, ni el de las acciones impugnatorias a que se refiere el art. 71.6 LC y que se someten a su propia normativa reguladora¹⁵⁵. No debe olvidarse que el cese de los administradores concursales, legitimado primario, según el art. 72.1 LC, debe dejar paso a la legitimación de los acreedores.

Por último, en materia de efectos procesales, el concursado recupera plena capacidad para actuar como parte demandante o demandada, no obstante, la administración concursal mantiene la legitimación para actuar en los incidentes ya iniciados (art. 133.3 LC).

5.4.- Ámbito subjetivo de eficacia del convenio concursal

La eficacia subjetiva del convenio determina qué acreedores se verán afectados por el contenido del convenio, siendo relevante su análisis en el presente estudio, en orden a delimitar en qué medida les afectará la “*discharge impropia*” y, por tanto, la extinción o exoneración del pasivo como consecuencia de la eficacia novatoria que la declaración judicial de cumplimiento de convenio lleva aparejada en los términos del art. 136 LC.

La extensión subjetiva del convenio viene regulada en el art. 134.1. LC. Según este precepto el contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen

¹⁵⁵ VILARRUBIAS, F. “La eficacia del convenio concursal”. Op. Cit. Pág. 4791. No obstante para PULGAR EZQUERRA, J., en “Rescisión concursal y aprobación judicial del convenio. Clausulas convencionalmente pactadas”. Op. Cit. Pág. 170 y ss., sería posible pactar en el convenio que aceptado y aprobado el mismo no quepa iniciar acciones de reintegración.

anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos. En consecuencia, el convenio deviene eficaz para el deudor y sus acreedores ordinarios y subordinados, ausentes o disidentes, o no adherentes a la propuesta, reconocidos o no en la lista definitiva de acreedores. El deudor viene obligado aunque no hubiera votado a favor del convenio, siempre que no lo impugne o solicite la liquidación, pues a tenor de lo establecido en el art. 128.3 LC, la falta de ejercicio de alguna de las actuaciones descritas en el citado precepto equivale a una aceptación tácita y determina su vinculación por el contenido del convenio aprobado. En relación a los acreedores conviene recordar que la eficacia se extiende a los créditos concursales, ordinarios o subordinados. Para ello, sus créditos tienen que ser anteriores a la declaración del concurso del deudor, quedan excluidos, por tanto, de este efecto los créditos de la masa. Este efecto del convenio es fruto del aspecto contractual del convenio concursal y que encuentra su justificación en el art. 1.257.I Código Civil al señalar que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos. Así pues, el convenio alcanzado en el concurso no podrá afectar nunca a los créditos posteriores a su declaración¹⁵⁶.

En virtud de la Ley Concursal se introdujo en el momento de su aprobación una novedad importante sobre la vinculación de los acreedores subordinados al convenio, fruto de la naturaleza jurídica de esta clase de créditos. En este sentido en el art. 134.1. LC señala que los acreedores subordinados quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos. No obstante, queda a salvo su facultad de aceptar, conforme a lo previsto en el artículo 101, propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos. Si bien es cierto que los acreedores subordinados se someten a las mismas quitas y esperas que las pactadas en el convenio para los acreedores ordinarios, su especial naturaleza jurídica implica su postergación

¹⁵⁶ HÖLDER FRAU, H.A. en “El convenio en la quiebra y en la Ley concursal”, Op. Cit. Pág. 376.

respecto a los ordinarios, por lo que los plazos de espera se computarán una vez se haya producido el cumplimiento íntegro o total del convenio respecto de los acreedores ordinarios. En otras palabras, sólo devengarán su derecho de crédito pactado en el convenio cuando hayan cobrado los acreedores ordinarios.

No obstante, esta especialidad de tratamiento tiene una excepción cuando los titulares de créditos subordinados acepten una propuesta alternativa de conversión de sus créditos en acciones o participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos conforme a lo previsto en el art. 102 LC. Esta excepción se introdujo con la finalidad de facilitar la aprobación o adhesión al convenio, así como la implicación de los acreedores en la superación de la situación de crisis de la concursada. Obviamente, se trata de una decisión individual que requiere opción individualizada del acreedor y que, en cuanto a tal, está fuera del convenio porque la mayoría de los créditos ordinarios no puede imponer a los subordinados o postergados su conversión en acciones o participaciones.

Por otra parte, la Ley Concursal ha regulado en el art. 213 el alcance del convenio aprobado en un concurso territorial sobre los acreedores. En este caso, las limitaciones de los derechos de los acreedores establecidas en un convenio aprobado en el concurso territorial, tales como la quita y la espera, sólo producirán efectos respecto a los bienes del deudor no comprendidos en este concurso si existiese conformidad de todos los acreedores interesados, esto es, si existiese unanimidad.

Además, el acreedor que obtenga en un procedimiento de insolvencia abierto en el extranjero el pago parcial de su crédito no podrá pretender en el concurso declarado en España ningún pago adicional hasta que los restantes acreedores de la misma clase y rango hayan obtenido en éste una cantidad porcentualmente equivalente (art. 229 LC), disposición equivalente a la prevista en el art. 162.2 LC, relativo a la eficacia en fase de liquidación de los pagos efectuados en fase de convenio rescindido posteriormente. En cambio, cuando tras la apertura de un concurso principal en España, el acreedor obtuviera un pago total o parcial a su crédito con cargo a bienes del deudor situados en el

extranjero o por la realización o ejecución de los mismos, pesa sobre éste una obligación de restitución a la masa. Todo ello sin perjuicio de lo señalado por el art. 201 LC que establece los efectos del concurso sobre los derecho reales de un acreedor o tercero que recaigan en bienes o derechos de cualquier clase pertenecientes al deudor y que en el momento de la declaración del concurso se encuentren en el territorio de otro Estado, y de la declaración de concurso del vendedor de un bien con reserva de dominio (art. 218.1 LC).

La eficacia del convenio, por tanto, la eventual exoneración del pasivo que conlleva, vía aceptación de las quitas como contenido de éste, se extiende igualmente, según el art. 134 LC a los créditos no reconocidos en el concurso, siempre que sean anteriores a la declaración del mismo. No estamos ante el supuesto del art. 92.1 LC, es decir, ante créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores o que, no habiendo sido comunicados oportunamente, sean incluidos en dicha lista por el Juez al resolver sobre la impugnación de ésta, cuya calificación legal es la de créditos subordinados. Se trata, por el contrario, de créditos que, en modo alguno, figuran en la lista de acreedores. El problema es que si bien el convenio les afecta, la Ley no dice cómo. Así, la Ley concursal no especifica si debe mantenerse la calificación que les correspondería con arreglo a la Ley, procediéndose a su reconocimiento en fase de convenio, a través de un procedimiento declarativo¹⁵⁷, incluso atribuyendo esa función una comisión de acreedores prevista en el convenio¹⁵⁸. Sin embargo, la dicción del art. 100.3 LC, en el sentido de prohibir que el contenido del convenio pueda alterar la clasificación de créditos establecida por la Ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, así como la taxativa disposición del art. 97.1 LC que establece que quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, permite concluir que estos créditos no reconocidos no pueden ser de mejor condición que aquellos que si lo fueron, por lo que no solo se verán afectados por las mismas quitas y esperas que los demás créditos concursales, sino que procederán a cobrar su importe en último

¹⁵⁷ GARRIDO, J.M. en "Comentarios a la Ley Concursal", Op. Cit. Pág. 2224.

¹⁵⁸ VILARRUBIAS, F."La eficacia del convenio concursal". Op. Cit. Pág. 4795.

lugar, una vez hayan cobrado todos los titulares de créditos subordinados y siempre que haya activo suficiente para ello.

En el art. 134.2 y el art. 123 LC se regula la eficacia del convenio sobre los acreedores privilegiados, estableciéndose en el art. 134.2 que los acreedores privilegiados solo quedarán vinculados al contenido del convenio si hubieren votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquélla se hubiere computado como voto favorable. Además, podrán vincularse al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el Juez, mediante adhesión prestada en forma antes de la declaración judicial de su cumplimiento, en cuyo caso quedarán afectados por el convenio.

Por consiguiente, los acreedores privilegiados, si les interesa, podrán quedar vinculados por el convenio, aunque la Ley Concursal, como hemos visto, les autoriza a asistir a la Junta, participar en las deliberaciones y, concurriendo e interviniendo, no les afectará el convenio si no se adhieren al mismo. Se trata de una facultad o derecho de opción voluntaria a la aceptación del convenio que les reconoce la Ley Concursal. Esta facultad la podrán ejercitar de dos modos. Primero votando a favor de la propuesta o si su firma o adhesión se hubiera computado como voto favorable. Segundo adhiriéndose al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el Juez antes de la declaración judicial de su cumplimiento.

La asistencia a la Junta por los acreedores privilegiados y su intervención en las deliberaciones no les someterá a los efectos del convenio que resulte aprobado (art. 123.1 in fine LC). Esto supone un evidente cambio con la regulación de este aspecto en la legislación sobre quiebras y suspensiones de pagos, en la que los acreedores privilegiados quedaban al margen del convenio, no podían participar en las deliberaciones de la Junta y tenían vedada la facultad impugnadora. Así las cosas, por una parte, el penúltimo párrafo del art. 15 LSP sometía a los efectos del convenio a los acreedores comprendidos en los números 1, 2 y 3 del art. 913 CCom que comparezcan a la Junta, y por otra parte el art. 900 CCom, relativo a la quiebra, facultaba a los titulares de créditos privilegiados a concurrir a la Junta pero

prohibía que participaran en las deliberaciones, y de hacerlo quedaban afectados por el acuerdo.

Puede considerarse que este cambio introducido en la Ley Concursal carece de sentido, pues permite intervenir en la junta y en sus deliberaciones a quien, en principio, no va a verse afectado por el convenio. Sin embargo, la opción adoptada por el legislador tiene importantes efectos prácticos, pues resulta imprescindible conocer cuál será la posición que van a adoptar estos acreedores frente al convenio y si la Hacienda Pública y la Seguridad Social apoyarán el convenio. Los acreedores ordinarios deben conocer cuál es la posición de los acreedores privilegiados frente al convenio, porque muchas veces la posibilidad de cumplimiento del mismo y la continuación de la actividad empresarial o profesional dependerá del apoyo que reciba de estos acreedores¹⁵⁹.

En los casos en que existan créditos ordinarios y privilegiados en las manos de un mismo titular, el voto que emita este acreedor se presume emitido en relación a los créditos ordinarios. Se trata, no obstante, de una presunción iuris tantum por lo que se podrá discutir y probar que la verdadera voluntad del acreedor era votar por los créditos privilegiados (art. 123.3 LC). Además, el convenio sólo afectará a los privilegiados si así se hubiera manifestado expresamente en el acto de votación (art. 123.3 in fine LC).

Los créditos derivados de la responsabilidad civil extracontractual se encuentran en una situación especial, derivada, precisamente de la calificación que de los mismos hace la Ley Concursal. Así, la Ley Concursal, por una parte, considera a los créditos derivados de la responsabilidad civil extracontractual anteriores a la declaración del concurso como créditos con privilegio general (art. 91.5 LC) y, por otra, los créditos nacidos de la responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración del concurso y hasta la eficacia del convenio o, en su caso, hasta la conclusión del concurso se consideran créditos contra la masa (art. 84.2.10 LC). En consecuencia, los primeros solo se verán vinculados por el convenio si votan o se adhieren a

¹⁵⁹ HÖLDER FRAU, H.A. en “El convenio en la quiebra y en la Ley concursal”, Op. Cit. Pág. 379.

favor del mismo, en los términos del art. 134.2 LC y los segundos no se ven afectados por su condición de créditos de la masa.

El art. 135 LC, bajo la rúbrica de “*límites subjetivos*” regula la incidencia que sobre los obligados solidarios, fiadores y avalistas del deudor tiene la aprobación del convenio y que, por tanto, podría tener la exoneración del pasivo convencionalmente pactada y que pudiera provenir de las quitas aceptadas. La cuestión de la situación de los terceros, en particular, los fiadores, avalistas y obligados solidarios en relación con los efectos del convenio se ha regulado por la Ley Concursal de forma poco clara en el art. 135, si bien ha querido salir al paso de los problemas interpretativos que, a falta de regulación expresa, habían surgido durante la vigencia de la legislación anterior. En principio, parece ser que el legislador ha querido incorporar al texto de la Ley una solución ecléctica o intermedia entre aquellos defensores de la extensión de los beneficios del convenio a los terceros mediante la aplicación del art. 1143 Código Civil y los que, por el contrario, limitan los efectos del convenio al ámbito entre el deudor y el acreedor.

En la solución adoptada por el legislador cuentan más principios de equidad en la búsqueda de una solución adecuada a los distintos intereses en conflicto. En efecto, como se ha apuntado por algún autor¹⁶⁰, una eficacia generalizada del convenio a todos los obligados solidarios, fiadores y avalistas, sin tener en cuenta en modo alguno la situación concursal debilita considerablemente la posición del acreedor y no tiene en cuenta la finalidad de la garantía que es, precisamente, asegurar el pago al acreedor ante una posible insolvencia del deudor. No hacerlo, con el consiguiente mantenimiento de la garantías en todo caso, podría llevar a los acreedores garantizados a emitir un voto favorable a un convenio, tal vez determinante de su aprobación, por el que los mismos, supuesta la solvencia del fiador, no van a quedar afectados. Si después de haber votado a favor del convenio, el acreedor afianzado cobra del fiador el importe íntegro de su crédito se dará la paradoja de que habrá contribuido a perjudicar la posición del garante, quien cuando ulteriormente se dirija contra el deudor principal por vía de subrogación

¹⁶⁰ Así, GALLEGO SÁNCHEZ, E. en “Comentarios a la legislación concursal”, Op. Cit. Pág. 1251.

reclamando el importe de la obligación satisfecha por su cuenta, se verá forzado a aceptar las consecuencias de una quita o una espera a la que ha contribuido, tal vez eficazmente, el voto de la misma persona a quien ha hecho entrega del importe total de la deuda de la que pretende resarcirse. Todo ello sin excluir el riesgo de confabulación entre el deudor y sus acreedores afianzados para conseguir la aprobación del convenio con tales estrategias, o las que pueda existir entre el deudor, el fiador y el acreedor afianzado, que puede llegar a votar un convenio que no le afecta en perjuicio de los demás acreedores¹⁶¹.

La regla general por la que, por tanto, ha optado el legislador ha sido la subsistencia plena de los derechos frente a los obligados solidarios, fiadores y avalistas, respecto de los acreedores que no hayan votado a favor del convenio y la incidencia del voto a favor respecto de quien lo haya hecho pero acudiendo al ámbito que le es propio, el de la propia obligación¹⁶².

En consecuencia, en el art. 135 LC se establece claramente que a los acreedores que no hubieren votado a favor del convenio (ausentes, disidentes, no votaron, no se adhirieron), no les afectará el convenio respecto a los obligados solidarios del concursado y sus fiadores o avalistas; por lo tanto,

¹⁶¹ Ibídem.

¹⁶² En el auto de la Audiencia Provincial de Lleida de 9 de enero de 2007 se afirma que: *“Aunque no falten opiniones doctrinales en otro sentido, la mejor doctrina ha puesto de manifiesto el sin sentido que supone estimar que el convenio conseguido en un procedimiento concursal, pueda afectar a las garantías del crédito, cuando las mismas cumplen precisamente la finalidad de garantizar su cumplimiento en situaciones de insolvencia del deudor principal. Que cuando esa situación de insolvencia concurra puedan quedar extinguidas las garantías accesorias sin contar siquiera con la voluntad del acreedor, por consecuencias de la propia suerte del proceso concursal, realmente no resulta admisible. Precisamente por eso el referido artículo 135 de la Ley Concursal distingue entre el supuesto de hecho que refiere su apartado primero del que se regula en el segundo. Así de la redacción del artículo 135.1 se desprende claramente que ni los obligados solidarios ni los fiadores o avalistas pueden resultar afectados por un convenio en el que no hubieran votado a favor. Al contrario parecen desprenderse los efectos cuando el acreedor sí ha votado a favor del convenio. Es importante en primer lugar señalar que el precepto, sin duda alguna, asemeja la situación del deudor solidario, con la del fiador o avalista. En segundo lugar y por lo que hace referencia al supuesto de hecho contemplado en el apartado segundo del artículo 135 de la Ley Concursal debe precisarse que el voto favorable al convenio por parte del acreedor puede determinar que algunas vicisitudes (ad exemplum, la prórroga del vencimiento de la obligación) del contenido del convenio puedan proyectarse sobre la relación de la solidaridad, de la fianza o del aval. Pero también sucede que cuando existan, como señala el propio tenor literal del precepto (art. 135. 2, in fine), determinados convenios que sobre el particular se hubieren establecido, ineludiblemente la proyección de los efectos de los mismos tendrá una intensidad definitiva”*.

estos últimos no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de dichos acreedores.

Dentro de la categoría de obligados solidarios, avalistas y fiadores, no se encuentran los socios de una sociedad civil, ni de las sociedades personalistas, ya que el particular carácter de la responsabilidad civil de los socios de las sociedades civiles y colectivas, así como de los colectivos de las sociedades comanditarias determina que éstos respondan de las deudas sociales de la misma forma en que lo hace la sociedad y, por consiguiente, podrán invocar frente a los acreedores societarios el contenido del convenio del mismo modo en que lo haga ésta¹⁶³. A la misma solución debería llegarse en relación a los administradores y liquidadores de sociedades, de hecho o de derecho, que sean responsables de las deudas sociales. La responsabilidad solidaria de los mismos, que encuentra su fundamento en una disposición legal (art. 367 LSC) y no en una obligación convencional, determina que solo deban responder en los mismos términos que lo haga la sociedad¹⁶⁴.

En cambio, la responsabilidad que los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado, mantengan con los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio, se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído o por los convenios que sobre el particular hubieran establecido (art. 135.2 LC), no produciéndose, por tanto, una afectación automática, sino que la Ley remite a la normativa específica de cada obligación o a los pactos que sobre el particular se hubieran adoptado. Es precisamente en ese ámbito en el que deberá dilucidarse el efecto que el voto favorable del acreedor pueda producir en la garantía.

Aunque la eficacia del convenio respecto de todos los acreedores ordinarios y subordinados del deudor deriva de su naturaleza de convenio de masa, no es menos cierto que el voto del acreedor que lo hace en sentido favorable al convenio incide en la aprobación del mismo. La solución diseñada por el legislador advierte la existencia de una comunidad de interés sobre el derecho de voto: el acreedor es el titular formal del crédito reconocido en el

¹⁶³ BERMEJO, N. "Comentarios a la Ley Concursal", Op. Cit. Pág. 2236.

¹⁶⁴ En este sentido se pronuncia la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción y de lo Mercantil nº 3 de Lugo de 29 de septiembre de 2006.

concurso y el tercero es el destinatario directo de las consecuencias que el convenio genere. Pues bien, existiendo dicha comunidad la Ley impone al acreedor que participa en el concurso el deber de actuar como representante de la misma contemplando al votar todos los intereses concurrentes y no el sólo el suyo propio. Cuando el acreedor vote en el convenio ignorando el interés del tercero quedarán afectadas sus acciones en los términos previstos por las normas aplicables a la obligación sean estas legales o convencionales¹⁶⁵. Para que este efecto se produzca es necesario que el sentido del voto del acreedor garantizado conste adecuadamente en el acta de la Junta. En el caso del acreedor subordinado, al estar privado de voto (art. 122.1.1 LC), no se verá afectado, salvo que su crédito fuera accesorio de otro, en cuyo caso se verá afectado por el sentido del voto emitido en relación al crédito principal¹⁶⁶. En cualquier caso no basta el mero voto a favor, sino que es necesario que el convenio sea aprobado, pues en otro caso ningún perjuicio se produce.

En el caso de la fianza el art. 1852 CC atribuye al fiador, aunque sea solidario, el derecho a liberarse de la fianza cuando haya visto perjudicada su subrogación por un hecho imputable al acreedor. En caso de quita el efecto debe traducirse en la liberación del fiador respecto del porcentaje de deuda remitido. Este efecto también puede extenderse a otros obligados solidarios, aunque no lo sean en virtud de fianza, pues según el art. 1143 CC la remisión hecha con cualquiera de los deudores de la misma clase extingue la obligación. En caso de espera debe tenerse en cuenta lo establecido en el art. 1851 CC que determina la extinción de la fianza en caso de prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador¹⁶⁷.

En cuanto a los efectos del convenio sobre los obligados cambiarios, la Ley Concursal no ha introducido ninguna modificación al respecto por lo que, a

¹⁶⁵ BERMEJO, N. "Comentarios a la Ley Concursal", Op. Cit. Pág. 2239.

¹⁶⁶ VILARRUBIAS, F. "La eficacia del convenio concursal". Op. Cit. Pág. 4800.

¹⁶⁷ BERMEJO, N. "Comentarios a la Ley Concursal", Op. Cit. Pág. 2242. En contra, en relación a la prórroga, se posiciona ESPIGARES HUETE, J.C. "Algunas consideraciones sobre los límites subjetivos a la eficacia del convenio según la nueva legislación concursal: el art. 135" en Libro Homenaje a Manuel Olivencia, Op. Cit. Pág. 4520. Para el citado autor la espera acordada en el convenio no puede considerarse una verdadera prórroga, sino una demora en la reclamación por el acreedor de una obligación ya vencida.

tenor del citado art. 135.2 LC y los arts. 37.1 y 50 de la Ley Cambiaria y del Cheque, los pactos de remisión y dilación no beneficiarán a los obligados cambiarios pues subsiste el derecho del acreedor al cobro íntegro del crédito¹⁶⁸.

El art. 135.2 LC remite, para determinar los efectos que el voto favorable al convenio debe producir en relación a los obligados solidarios, fiadores y avalistas, ha de atenderse no solo a la normativa que regule la obligación, sino también a los pactos que sobre el particular hubieran establecido. Estos pactos serán, no los que se establezcan en el convenio, que no podrán vincular a quien no fue parte en el mismo, como es el caso del fiador o avalista, sino a los que, precisamente, al respecto establezcan el acreedor y el garante¹⁶⁹.

¹⁶⁸ HÖLDER FRAU, H.A. en “El convenio en la quiebra y en la Ley concursal”, Op. Cit. Pág. 383. En este mismo sentido se pronuncia la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba en auto de 17 de octubre de 2006 al afirmar que: *“La dicción un tanto críptica del citado artículo 135.2 de la Ley Concursal supone, como regla general, que el convenio concursal no afecta a las relaciones entre el acreedor que ha votado favorablemente el convenio y el tercero co-obligado con el concursado, salvo que esté así previsto en la normativa reguladora de la propia obligación, o se haya acordado entre las partes dicha afectación. En este caso, la norma de la obligación viene constituida por los artículos 96, 37, 49 y 58 de la Ley Cambiaria y del Cheque (y no los preceptos del Código Civil sobre el contrato de fianza, como pretende el recurrente), que nada prevén sobre la extensión de los efectos del convenio concursal al avalista. Y tampoco consta que entre las partes, tenedor de los pagarés y avalista, existan acuerdos sobre el particular.... Pese a los meritorios esfuerzos que hace la parte recurrente para asimilar el régimen legal de la fianza solidaria (que se considera doctrinalmente que puede ofrecer ciertas dudas respecto del citado artículo 135.2 de la Ley Concursal en relación con los artículos 1.143, 1.826, 1.851 y 1.853 del Código Civil) con el del aval cambiario, no es posible tal equiparación, puesto que el aval, junto al carácter accesorio que comparte con la fianza, es también una obligación autónoma, válida incluso aunque la obligación garantizada sea nula por cualquier causa que no sea vicio de forma (artículo 37, párrafo primero, de la Ley Cambiaria y del Cheque), en la que el avalista no puede oponer las excepciones personales del avalado - párrafo segundo del mismo precepto- (véanse sobre el problema de la naturaleza jurídica del aval cambiario, la propia Exposición de Motivos de la Ley Cambiaria, y las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1999 y 28 de marzo de 2003). Como consecuencia de esa autonomía del aval cambiario, el mismo no queda afectado por la novación modificativa que haya sufrido la obligación garantizada conforme al artículo 136 de la Ley Concursal...”*

¹⁶⁹ GALLEGO SÁNCHEZ, E. en “Comentarios a la legislación concursal”, Op. Cit. Pág. 1256.

5.5.- Exoneración del pasivo y eficacia novatoria del convenio

Los efectos del convenio sobre los créditos en la Ley Concursal podrán ser dilatorios, remisorios o mixtos pero con las limitaciones del art. 100 LC que ya han sido expuestas al estudiar el contenido del convenio en la Ley Concursal. Como se ha analizado en el artículo 136 LC se ha reconocido expresamente la eficacia novatoria del contenido del convenio, tanto sobre los créditos de los acreedores ordinarios y subordinados, así como de los privilegiados, siempre que estos últimos hubieren votado o adherido al mismo. Así, sus créditos se extinguirán en el porcentaje de la quita pactada y la exigibilidad de los mismos quedará aplazada por el tiempo de espera acordado.

El problema viene determinado por el alcance y sentido que debe darse al término “*eficacia novatoria*” a que se refiere el art. 136 LC, puesto que la doctrina tradicionalmente no se ha manifestado en un modo unánime al considerar que en la quiebra y en la suspensión de pagos el convenio tuviera tal efecto y tampoco existe unanimidad en que la regulación actual permita una novación de la obligación primitiva a través del convenio.

Para algunos autores la quita concursal no produce la extinción de la obligación, no pudiendo considerarse la remisión que se acuerde en un convenio como una condonación. La remisión que contenga un convenio concursal no es un acto de liberalidad como lo sería la condonación, pues los acreedores aceptan la remisión en su propio provecho puesto que no podrían obtener otra solución más favorable a sus intereses, a la vista de la situación en la que se encuentra el deudor¹⁷⁰. De otro lado, los efectos de la quita tampoco son los propios de la condonación (art. 1156 CC) pues de sostenerse que la quita sería una condonación habría que aceptar que el convenio produciría efectos respecto de obligaciones no sometidas al concurso, extinguiéndose no solo la obligación principal frente al deudor, sino también respecto de las accesorias de ésta (art. 1847 CC).

¹⁷⁰ Así, GARCÍA VILLAYERDE, R. en “Convenio de la quiebra”, Op. Cit. Pág. 1964 y ss.

Ello sin embargo no acontece en el marco del concurso, pues el art. 135 LC establece la subsistencia plena de los derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas respecto de los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio como medio de extinción de una obligación y su sustitución por una nueva. Ello asimismo excluye la asimilación de la quita a la novación extintiva pues de ser ése su alcance, de nuevo, habría que entender extinguidas las obligaciones. Se trata de una situación en la que el deudor “de facto” queda liberado durante tiempo indefinido a pagar la parte remitida en el convenio, no proviniendo sin embargo dicha liberación de la extinción de la obligación, sino de la renuncia de los acreedores a exigir el pago al deudor (“pacto de non petendo”). Además, las consecuencias jurídicas derivadas de la quita concursal y de la condonación son diferentes, no solo en lo referido a la cuestión de la extinción de las obligaciones accesorias, sino también en cuanto a que la eficacia liberatoria derivada de la quita se condiciona al cumplimiento del convenio, estableciendo el art. 140.4 LC que: *“La declaración de incumplimiento del convenio supondrá la rescisión de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos a los que se refiere el art. 136 LC”*. Así, en caso de que el deudor no cumpliera el convenio, la declaración de su incumplimiento trae consigo la rescisión y con ello los acreedores podrían volver a reclamar íntegramente su crédito, sin tener que adecuarse a lo previsto en el convenio, y concurriendo a la liquidación que sigue a la declaración de incumplimiento del convenio (art. 143.1.5 LC) por el importe de su crédito como figure en la lista definitiva de acreedores y previa deducción del importe percibido en ejecución del convenio (art. 162. 2 LC), lo que no acaecería en caso de una verdadera novación que habría sustituido una obligación por otra¹⁷¹.

No obstante, aun admitiendo la subsistencia de la obligación originaria y por tanto la inexistencia de una novación extintiva, no debe olvidarse que, junto a ella se admite en nuestro derecho la novación modificativa (art. 1203 CC), que conllevará una alteración subjetiva u objetiva de la obligación, cuando no

¹⁷¹ PULGAR EZQUERRA, J. “Concurso y consumidores en el marco del Estado social de bienestar” en RcP. La Ley, nº 9. Pág. 65 y ss. GUTIÉRREZ GILSANZ, A. en “Comentarios a la legislación concursal”, Op. Cit. Pág.1260. BERMEJO, N. “Comentarios a la Ley Concursal”, Op. Cit. Pág. 2246 y ss.

proceda su extinción por voluntad de las partes o por incompatibilidad entre la obligación antigua y la destinada a sustituirla¹⁷². Este es el efecto que produce el convenio en las obligaciones preexistentes. Se modifica la obligación en el sentido de aplazar su exigibilidad o extinguir parcialmente su importe¹⁷³. La propia interpretación literal del art. 136 LC nos debe llevar a tal conclusión, pues no parece lógico que el legislador haga referencia a un concepto definido en el ordenamiento y que no se corresponde con lo en él regulado. Además el precepto se refiere a los efectos del convenio sobre los créditos como extinción y aplazamiento, que constituyen modificaciones objetivas de la obligación. Que se produce una extinción definitiva se manifiesta en el hecho de que, cumplido el convenio, el deudor queda liberado del importe remitido aunque llegare a mejor fortuna¹⁷⁴.

De este modo, si aprobado un convenio con contenido de quita el deudor cumpliera dicho convenio, durante el concurso los acreedores solo podrán reclamar la satisfacción de su crédito en los términos acordados en aquel, quedando extinguidos dichos créditos definitivamente en la parte afectada por el convenio, una vez concluido el concurso por la firmeza de la declaración de cumplimiento del convenio, siendo ésta una de las diferencias del convenio respecto de la liquidación en la que el deudor en todo caso queda tras la conclusión del concurso responsable del pago de los créditos no satisfechos con el producto de la liquidación concursal (art. 178.2 LC). Por el contrario, si el convenio no se cumple los créditos vuelven a su posición originaria, como se analizará más adelante.

Es por ello que para poder apreciar el efecto novatorio del convenio en su total magnitud es necesario acudir al final del proceso, es decir al cumplimiento del convenio que determina la plenitud de efectos de éste y expresa su función de mecanismo de solución del procedimiento concursal al que, precisamente, el cumplimiento del convenio y no su mera aprobación pone

¹⁷² DÍAZ-PICAZO, J.L. y GULLÓN, A. "Sistema de Derecho Civil" Volumen II Obligaciones y contratos. Madrid. 1983. Pág. 317.

¹⁷³ En este sentido GALLEGO SÁNCHEZ, E. en Comentario al art. 136, en Ley Concursal (Comentarios, jurisprudencia y formularios). Gallego Sánchez, E. Coordinadora. Las Rozas, 2005. Tomo II. Pág. 377

¹⁷⁴ PULGAR EZQUERRA, J. en "Las soluciones al concurso de acreedores: El convenio y la liquidación", Op. Cit. Pág.467.

fin (art. 176.1.2 LC). Durante el periodo de cumplimiento del convenio la obligación originaria subsiste, pero su ejercicio queda condicionado al cumplimiento del convenio¹⁷⁵. Por esta razón, precisamente, en relación a las obligaciones accesorias el legislador distingue en el art. 135 LC entre los acreedores que hayan votado a favor o en contra de la propuesta. Los que hayan votado en contra se consideran terceros en relación a este extremo y subsisten íntegramente sus acciones contra terceros obligados. En caso de voto a favor, el substrato negocial que subyace al convenio obliga a remitir a la normativa reguladora de la obligación para determinar qué efectos produce la novación en relación a los obligados solidarios, fiadores o avalistas, salvo existencia de un acuerdo entre garante y acreedor al respecto. Se produce así una novación del propio crédito de garantía, del mismo modo que la producen los pactos de liberación o de modificación de garantías libremente establecidos en el convenio y aceptados por los afectados. Esa es la virtualidad de la norma del art. 135.2 LC, en relación al efecto novatorio que en el crédito principal produce el contenido del convenio, entender implícito en todo convenio un pacto por el cual la garantía queda novada de acuerdo con la configuración resultante del crédito principal resultante del convenio, pacto que las partes pueden contradecir por disposición convencional expresa al constituir la garantía¹⁷⁶.

En cualquier caso nos encontramos ante una novación especial, sui generis o de masa, en el que el efecto más característico, esto es, la extinción parcial o el aplazamiento, se producen sin necesidad del concurso individual de

¹⁷⁵ DE LA CUESTA RUTE, J.M. en "El convenio concursal, comentarios a los arts. 98 a 141 de la Ley Concursal", Op. Cit. Pág. 207-208. En el mismo sentido VILARRUBIAS, F. "La eficacia del convenio concursal". Op. Cit. Pág. 4798; SALA REIXACHS, A. en "Nueva Ley Concursal", Op. Cit. Pág. 619; GUTIÉRREZ GILSANZ, A. en "Comentarios a la legislación concursal", Op. Cit. Pág. 1260; MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A. en "Comentarios a la legislación concursal" SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., directores, Op. Cit. Pág. 2497. YANES YANES, P. en "Comentarios a la legislación concursal" SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., directores. Tomo III. Valladolid, 2004. Pág. 2944; HÖLDER FRAU, H.A. en "El convenio en la quiebra y en la Ley concursal", Op. Cit. Pág. 380; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M. en "La eficacia del convenio", en Tratado Práctico del Derecho Concursal y su reforma. MARTÍNEZ SANZ, F. Director. Madrid, 2012. Pág. 813 y ss. Este efecto novatorio también ha sido reconocido en diversas resoluciones judiciales. Así, auto de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Córdoba de 17 de octubre de 2006 y auto del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid de 9 de junio de 2008.

¹⁷⁶ PERDICES HUETOS, A. B., Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal. Estudios de Derecho Concursal. Cizur Menor, 2005. Pág. 165.

cada acreedor, bastando la voluntad mayoritaria de los acreedores y la aprobación judicial, unido al cumplimiento efectivo de lo convenido¹⁷⁷.

6.- EL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO Y LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL

Como se ha adelantado y frente a lo que acontecía en la normativa reguladora de quiebra, en la Ley Concursal ya no es la aprobación judicial del convenio la causa de conclusión del concurso de acreedores, sino la resolución firme que declare su cumplimiento, conllevando el incumplimiento del mismo la apertura de la fase de liquidación y, en consecuencia, la conclusión del procedimiento concursal por esta vía liquidativa. Procede, por tanto, analizar: de un lado, cuando puede considerarse cumplido el convenio y de otro, qué vicisitudes pueden determinar la ineficacia del convenio judicialmente aprobado, en especial la posibilidad de ejercitar la acción de nulidad del convenio, así como los efectos que comporta el incumplimiento del convenio y, por último, la diferencias que la conclusión del concurso por cumplimiento del convenio supone respecto de otras formas de conclusión del procedimiento concursal.

6.1.- El condicionamiento de la eficacia novatoria del convenio a su cumplimiento

La resolución declarando el cumplimiento del convenio determina la conclusión del concurso, resultando sometida a control judicial la verificación de dicho cumplimiento, exigiéndose en el art. 139 LC la declaración judicial del cumplimiento del convenio. En este sentido, el concursado tiene que cumplir el contenido del convenio en toda su integridad, y una vez que considere que lo ha cumplido íntegramente, deberá solicitar al Juez del concurso la declaración

¹⁷⁷ GUTIÉRREZ GILSANZ, A. en “Comentarios a la legislación concursal”, Op. Cit. Pág. 1260.

judicial de cumplimiento del convenio, debiendo acompañar a esta solicitud un informe que justifique el cumplimiento del mismo. Una vez que el deudor haya presentado la solicitud y el informe reseñados, el Juez los pondrá de manifiesto en la Secretaría del Juzgado (art. 139.1 LC). Si el Juez del concurso estima que se ha cumplido el convenio que en su día aprobó, así lo declarará mediante auto de cumplimiento, para lo que deberán haber transcurrido quince días desde la puesta de manifiesto en la Secretaría del Juzgado. A este auto se le dará la misma publicidad que a su aprobación (art. 139.2 LC).

Además de ello, durante el periodo de cumplimiento, el concursado viene obligado a informar con periodicidad semestral, contada desde la fecha de la sentencia aprobatoria del convenio, acerca de su cumplimiento (art. 138 LC). El convenio tiene por objeto un proyecto que se desarrolla durante un periodo dilatado en el tiempo, por lo que es necesario conocer periódicamente su desarrollo efectivo. No obstante, este precepto no viene a establecer una obligación específica de información o colaboración, que viene impuesta con carácter general por el art. 42 y mantiene en fase de convenio el art. 133 LC, sino que viene a determinar el contenido de esa información, si bien no especifica el modo de hacer llegar ésta a los acreedores, ni la sanción para el caso de incumplimiento de esa obligación, que no parece pueda equipararse al incumplimiento del convenio, pero si podría reconducirse, en caso de incumplimiento de convenio, en algunos supuestos a causa de calificación culpable del concurso en base a lo establecido en el art. 165.1.2 LC¹⁷⁸.

Tampoco debe olvidarse que durante esta fase el deudor, a pesar de que la aprobación del convenio determina el cese de las limitaciones que sobre sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio produjo la declaración de concurso, puede verse sometido a medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de sus facultades de administración y disposición derivando estas limitaciones del propio contenido del convenio y no de la eficacia de la declaración de concurso. Su infracción constituirá incumplimiento del convenio, cuya declaración podrá ser solicitada al juez por cualquier acreedor. Estas medidas prohibitivas o limitativas serán inscribibles en los

¹⁷⁸ DE LA CUESTA RUTE, J.M. en "El convenio concursal, comentarios a los arts. 98 a 141 de la Ley Concursal", Op. Cit. Pág. 212.

registros públicos correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por ellas. La inscripción no impedirá el acceso a los registros públicos de los actos contrarios, pero perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite (art. 137 LC). Esta acción de reintegración se ejercitará una vez abierta la fase de liquidación, si bien no es obligatorio su ejercicio. Precisamente, una de las diferencias entre la infracción de las limitaciones derivadas del art. 40.7 LC y las establecidas en el convenio es que los actos realizados con infracción de las primeras no son accesibles a los registros en que estén inscritos los bienes a los que afecten mientras no sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme (art. 40.7 LC).

Por el contrario, los actos realizados con infracción de las restricciones establecidas en convenio si son accesibles a los registros públicos, pero la constancia registral de la limitación dispositiva enerva la buena fe a los efectos del art. 34 LH, por lo que la acción de reintegración posterior afectará al nuevo titular registral. En consecuencia, los actos llevados a cabo con infracción de las limitaciones previstas en el art. 40 LC son ineficaces ab initio, pero susceptibles de convalidación; sin embargo, los actos ejecutados con infracción de las limitaciones del art. 137 LC despliegan sus efectos hasta que su ineficacia no se haga valer judicial o extrajudicialmente¹⁷⁹.

6.2.- La ineficacia del convenio judicialmente aprobado: su nulidad y su eficacia sobre la exoneración convencional del pasivo

Estudiaremos ahora la incidencia que en el eventual efecto exoneratorio derivado de las quitas convencionalmente aceptadas podría tener una eventual nulidad del convenio aprobado.

Al igual que sucedía en la derogada legislación sobre quiebra y suspensión de pagos, la Ley Concursal no contiene ninguna norma específica

¹⁷⁹ MARTÍNEZ FLOREZ, A. en “Comentarios a la Ley Concursal”, Op. Cit. Pág. 2255.

que regule la acción de nulidad como mecanismo de control del convenio. Pero, frente al absoluto silencio guardado por la legislación anterior, la Ley Concursal hace referencia en el art. 143.1.4 a la nulidad del convenio logrado en el seno del concurso como una de las causas de apertura de oficio por el Juez del concurso de la fase de liquidación.

Por consiguiente, la nueva legislación concursal reconoce la posibilidad de la declaración de la nulidad del convenio aprobado por el Juez del concurso, aunque esta acción especial de nulidad no se regule en la propia Ley Concursal. La cita efectuada por la Ley Concursal en el art. 143.1.4 a la nulidad del convenio aprobado por el Juez, pone de manifiesto la naturaleza contractual que subyace al convenio concursal¹⁸⁰.

A diferencia de lo que ocurre con la oposición a la aprobación judicial del convenio, o al rechazo de oficio por el juez, que constituyen mecanismos tendentes a impedir que el convenio despliegue sus efectos, la acción de nulidad se dirige contra un convenio aprobado, teniendo por finalidad que un convenio eficaz deje de serlo. Con la nulidad el legislador introduce un nuevo medio de impugnación contra el convenio que permite completar y cubrir las carencias del régimen de la oposición a la aprobación, en un intento por asegurar que el convenio sea lo más respetuoso posible con la legalidad en general y en especial, como es lógico al tratarse de un instituto concursal, con el interés de los acreedores. Se trata, como hemos visto, de una figura de marcado carácter contractual, que se dirige a atacar la eficacia negocial del convenio por la invalidez del mismo y que representa la inserción por el legislador de una tutela represiva, que se añade a la tutela preventiva representada por la oposición. Con ambas figuras se logra adaptar el régimen de la ineficacia contractual a las especiales características del convenio concursal y se consigue que todos los que tengan de algún modo que ver con la eficacia del convenio tengan alguna oportunidad de contribuir a su validez¹⁸¹.

En cuanto a las causas en virtud de las cuales puede pretenderse la

¹⁸⁰ HÖLDER FRAU, H.A. en “El convenio en la quiebra y en la Ley concursal”, Op. Cit. Pág. 399.

¹⁸¹ Así lo entiende GUTIÉRREZ GILSANZ, A. “Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición nulidad y declaración de incumplimiento”. Op. Cit. Pág. 203.

nulidad del convenio aprobado la doctrina se divide. Para un sector, el convenio podrá ser anulado a instancia de parte conforme a las disposiciones que regulan la nulidad de los contratos, esto es, en virtud de los artículos 1300 y 1301 del Código Civil. Además, frente al criterio intermedio entre la absoluta intangibilidad del convenio y su nulidad como un contrato cualquiera que conlleva la posibilidad de impugnación del convenio en la quiebra o en la suspensión de pagos mediante la acción de nulidad por vicios de fondo, entienden que el convenio homologado judicialmente podrá ser objeto de nulidad tanto por motivos formales como de fondo¹⁸².

Para otro sector las causas de nulidad deben restringirse al dolo, pues los demás vicios, fundamentalmente de carácter formal, que pudieron hacerse valer mediante la oposición a la aprobación judicial del convenio o por el rechazo de oficio del mismo, quedan sanados por la aprobación judicial. El dolo que haya intervenido decisivamente en la aprobación del convenio no queda sanado por la aprobación judicial y los acreedores deben ser protegidos frente al mismo a través de la acción judicial¹⁸³. Supuestos de dolo pueden ser la exageración del pasivo, una disimulación del activo, o la falsedad en el plan de viabilidad. En cualquier caso, la especial naturaleza del convenio concursal exige una estabilidad fundada en las cautelas y garantías con las que la Ley rodea al convenio en su adhesión, discusión, conclusión y aprobación, e impide que se puedan aplicar todas las causas de nulidad del contrato. Ante la ausencia de la regulación de esta acción de nulidad en la Ley Concursal y en el Código de Comercio, entendemos, adscribiéndonos a este último sector doctrinal, que la solución que debe aplicarse en nuestro ordenamiento jurídico consiste en que tras la aprobación del convenio por el Juez en el concurso, las causas por las que puede ser anulado deben limitarse a la concurrencia de dolo y a los supuestos en que la adhesión o el voto de algún acreedor condicional hubiere sido decisivo para la aprobación del convenio y tras la aprobación se cumpliera la condición, tal y como prevé el art. 87.1 LC .

La legitimación para el ejercicio de la acción corresponderá a cualquiera

¹⁸² HÖLDER FRAU, H.A. en “El convenio en la quiebra y en la Ley concursal”, Op. Cit. Pág. 400.

¹⁸³ GUTIÉRREZ GILSANZ, A. “Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición nulidad y declaración de incumplimiento”. Op. Cit. Pág. 213.

de los acreedores, siendo indiferente que estuvieran legitimados para oponerse o no, o que se hubieran adherido o no al convenio. No parece que pueda reconocerse al deudor, salvo el supuesto del art. 87.1 LC, pues en los demás casos sería el causante del dolo. Tampoco cabe reconocer acción a la administración concursal, que por mor del convenio cesó en sus funciones. En cuanto a la posibilidad de reconocer al juez la posibilidad de declarar de oficio la nulidad, el aspecto contractual del convenio impide que el Juez que homologó el convenio pueda declarar de oficio, a posteriori, y tras haberlo podido rechazar, la nulidad de esta resolución¹⁸⁴.

El plazo para ejercitar la acción de nulidad es de cuatro años por aplicación analógica del art. 1301 Código Civil aplicable a la nulidad o anulabilidad de los contratos desde la aprobación judicial¹⁸⁵. La tramitación de la acción será a través del cauce del incidente concursal, tal y como establece con carácter general el art. 192.1 LC. Contra la sentencia cabrá interponer recurso de apelación, previsto en el art. 197.4 LC.

El único efecto expresamente anudado en la Ley concursal a la declaración de nulidad del convenio concursal es la apertura de la fase de liquidación (art. 143.1.4 LC). El texto legal no dice nada más. Obviamente, la declaración de nulidad del convenio concursal debe llevar aparejada la ineficacia de éste, por lo que los efectos deberán ser análogos a los que comporta la declaración de incumplimiento, previstos en el art. 140.4 LC, pero también en otros preceptos de la Ley Concursal como el art. 162, efectos que se analizarán más adelante.

6.3.- La declaración de incumplimiento del convenio

El artículo 140 de la Ley Concursal regula la acción de declaración de incumplimiento del convenio celebrado entre el concursado y la mayoría de sus

¹⁸⁴ HÖLDER FRAU, H.A. en “El convenio en la quiebra y en la Ley concursal”, Op. Cit. Pág. 400.

¹⁸⁵ Ibídem; GUTIÉRREZ GILSANZ, A. “Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición nulidad y declaración de incumplimiento”. Op. Cit. Pág. 219 y ss.

acreedores como un medio de tutela de estos últimos. Señala el apartado primero del citado artículo que: *“cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte podrá solicitar del Juez la declaración de incumplimiento. La acción podrá ejercitarse desde que se produzca el incumplimiento y caducará a los dos meses contados desde la última de las publicaciones del auto de cumplimiento al que se refiere el artículo anterior”*. Este precepto establece la facultad que tiene cualquier acreedor que estime incumplido el contenido del convenio aprobado judicialmente en aquello que le afecte, de solicitar al Juez del concurso la declaración de incumplimiento del convenio (art. 140.1 LC). Además, la Ley Concursal resalta en el art. 137.1 que la inobservancia por el concursado de las medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de sus facultades de administración y disposición, constituye causa de incumplimiento del convenio. Se trata de un mecanismo de garantía y tutela de los derechos de los acreedores que se configura frente a la posibilidad de una omisión en la ejecución del contenido del convenio por parte del deudor o la trasgresión de las limitaciones impuestas al mismo¹⁸⁶.

Sin lugar a dudas, estamos ante una verdadera acción individual de denuncia del convenio que tiene efectos colectivos. Se trata de un derecho potestativo, que el acreedor puede utilizar o no, sin que esté obligado a ello¹⁸⁷. Por lo tanto, la rescisión del convenio no es consecuencia automática del incumplimiento, no implicando, por tanto, el mero incumplimiento que el convenio deje de surtir efectos automáticamente, siendo necesario para ello que el legitimado ejercite la oportuna acción y así se declare por el juez del concurso. Así pues, si el concursado que ha incumplido cumple la obligación asumida en dicho convenio tras un requerimiento del acreedor, no procederá el mismo, incluso si se cumple ya iniciada la acción y el acreedor desiste¹⁸⁸. No

¹⁸⁶ HÖLDER FRAU, H.A. en “El convenio en la quiebra y en la Ley concursal”, Op. Cit. Pág. 394.

¹⁸⁷ GUTIÉRREZ GILSANZ, A. “Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición nulidad y declaración de incumplimiento”. Op. Cit. Pág. 266.

¹⁸⁸ Así lo ha entendido la Audiencia Provincial de Las Palmas en sentencia de 11 de marzo de 2009 en la que afirma: *“si el propio actor en un litigio aún no concluso por sentencia firme encuentra satisfecho su derecho y manifiesta que no desea que se produzca la declaración de incumplimiento del convenio ni sus consecuencias jurídicas consistentes en la resolución del convenio, y con ello se muestra conforme el demandado recurrente (para el caso de que se desestime su recurso de apelación contra la sentencia dictada en la instancia, como aquí ha sucedido), no existe razón jurídica alguna que justifique que el Tribunal de oficio y contra la*

obstante, una vez ejercitada la acción, aunque sea por un solo acreedor, afectará a todos ellos.

Esta acción de incumplimiento del convenio en el concurso tiene una naturaleza jurídica distinta a la de la rescisión de los contratos en general regulada por los arts. 1290 a 1299 CC, así como de la condición resolutoria por incumplimiento implícita en los contratos bilaterales recogida en el art. 1124 CC. Nos encontramos ante una acción resolutoria especial, que aunque tiene importantes coincidencias con la acción resolutoria contractual, debido, fundamentalmente, al sustrato convencional que subyace al convenio concursal, también denota importantes diferencias. Así, el acreedor, una vez instada la acción no puede exigir el cumplimiento del convenio, tan solo la rescisión del mismo, no siendo tampoco posible que el juez conceda un plazo al deudor para cumplir. Por otro lado los efectos de la rescisión del convenio son ex nunc y no ex tunc, subsistiendo algunos actos solutorios realizados por el concursado como veremos¹⁸⁹.

La Ley Concursal no especifica la entidad del incumplimiento que justifique el ejercicio de la acción. Dada su similitud con la acción resolutoria contractual podríamos pensar que la entidad del incumplimiento deber ser equivalente a la exigible en sede de contratos, no siendo suficiente un incumplimiento mínimo, sino exigiéndose un incumplimiento sustancial y grave¹⁹⁰. Sin embargo, la especial naturaleza de esta acción y la falta de una referencia expresa a la entidad del incumplimiento en el texto legal, debe llevar

voluntad de ambas partes, que mantienen el poder de disposición sobre el proceso y los derechos que en él se someten a contienda (art. 19,1 de la LEC que dispone con carácter general que "los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero"), mantenga contra la voluntad de ambas partes, en un supuesto en el que los actores han dejado claramente sentado que se ha satisfecho extraprocesalmente su interés y que no tienen interés alguno en que se resuelva el convenio concursal y se proceda a la liquidación de la entidad concursada, un pronunciamiento no querido por las partes".

¹⁸⁹ Así lo entiende DE LA CUESTA RUTE, J.M. en "El convenio concursal, comentarios a los arts. 98 a 141 de la Ley Concursal", Op. Cit. Pág. 217; VARA PAZ, N "Cumplimiento e incumplimiento de convenio" en Estudios sobre la Ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia. Tomo IV. Op. Cit. Pág. 4773; GUTIÉRREZ GILSANZ, A. "Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición nulidad y declaración de incumplimiento". Op. Cit. Pág. 248.

¹⁹⁰ VARA PAZ, N "Cumplimiento e incumplimiento de convenio". Op cit. Pág. 4767; MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A. en "Comentarios a la legislación concursal", Op. Cit. Pág. 2527.

a concluir que cualquier incumplimiento, por mínimo que sea, debe llevar a aparejada la posibilidad de declarar el incumplimiento del convenio¹⁹¹. No obstante, el convenio, como venimos diciendo, es un instrumento solutorio, por lo que dado que el art. 140 LC solo legitima al acreedor para instar tal declaración en tanto el incumplimiento le afecte, habrá que concluir que el incumplimiento ha de referirse a aspectos relativos al pago a los acreedores. Por tanto, si los compromisos de pago han sido satisfechos y han dejado de cumplirse otros aspectos del convenio, como pudiera ser una modificación estructural prevista en el convenio, los acreedores no podrá por este motivo instar la declaración de incumplimiento, por cuanto sus créditos han sido abonados en el modo establecido en el convenio.

Tampoco especifica la Ley Concursal si el incumplimiento le ha de ser imputable o no, por lo que habrá que entender que habrá incumplimiento aunque éste se refiera a obligaciones asumidas por persona distinta del deudor¹⁹², o simplemente no le sea imputable¹⁹³, si bien debería quedar a salvo los casos de fuerza mayor y caso fortuito¹⁹⁴. La imputabilidad de la causa de incumplimiento al deudor concursado, no obstante, si resultará relevante en orden a calificar el concurso culpable de acuerdo con la previsión del art. 162.2.3 LC.

El art. 140.1 LC atribuye legitimación activa para solicitar la declaración de incumplimiento del convenio a cualquier acreedor que entienda que se ha incumplido el convenio en algún aspecto que le afecte, sin hacer distinción

¹⁹¹ GUTIÉRREZ GILSANZ, A. "Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición nulidad y declaración de incumplimiento". Op. Cit. Pág. 258; DE LA CUESTA RUTE, J.M. en "El convenio concursal, comentarios a los arts. 98 a 141 de la Ley Concursal", Op. Cit. Pág. 215. En este sentido la sentencia de la Secc 4ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 11 de marzo de 2009 afirma que: *"uno de los principios esenciales que rigen el concurso y el procedimiento concursal es la "pars conditio creditoris" y que por tanto todos los créditos, hasta el de valor más nimio, deben ser cumplidos en los términos en que se pactó en el convenio"*.

¹⁹² ROJO, A. "Comentario de la Ley Concursal". Op. Cit. Pág. 2281.

¹⁹³ Ibídem; GUTIÉRREZ GILSANZ, A. "Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición nulidad y declaración de incumplimiento". Op. Cit. Pág. 261; DE LA CUESTA RUTE, J.M. en "El convenio concursal, comentarios a los arts. 98 a 141 de la Ley Concursal", Op. Cit. Pág. 216.

¹⁹⁴ DE LA CUESTA RUTE, J.M. en "El convenio concursal, comentarios a los arts. 98 a 141 de la Ley Concursal", Op. Cit. Pág. 216.

alguna entre acreedores concurrentes o no a la Junta, o adherentes o no a la propuesta de convenio¹⁹⁵. No obstante, la legitimación se limita a los acreedores que se vean afectados por el incumplimiento¹⁹⁶, si bien esa afectación puede ser indirecta o refleja¹⁹⁷. Los acreedores que pueden solicitar la declaración de incumplimiento solo son los acreedores anteriores a la declaración de concurso, es decir, los concursales. Los titulares de créditos contra la masa pueden instar la ejecución (art. 154.2 LC) o pedir la liquidación de acuerdo con lo establecido en el art. 142.4 LC que establece que: *“Si el deudor no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el apartado 4 del art. 2 de esta Ley”*¹⁹⁸, facultad que también asiste a los acreedores concursales que no se vean directa o indirectamente afectados por el incumplimiento. Tampoco está legitimado el deudor, que si estima que no puede cumplir el convenio debe solicitar la liquidación, tal y como establece el art. 143.3 LC.

Esta acción podrá ejercitarse desde que se produzca el incumplimiento denunciado. Sin embargo, la Ley Concursal ha establecido un plazo de caducidad de dos meses para el ejercicio de la acción de incumplimiento computados desde la última de las publicaciones del auto de cumplimiento, cuya publicidad es la misma que la del auto de declaración del concurso (art. 139.2 in fine LC).

Por otra parte, la competencia objetiva para el conocimiento de la solicitud de incumplimiento del convenio así como el cauce procesal por el que debe encauzarse la misma ha quedado claramente determinado en el citado

¹⁹⁵ HÖLDER FRAU, H.A. en “El convenio en la quiebra y en la Ley concursal”, Op. Cit. Pág.395; ROJO, A. “Comentario de la Ley Concursal”. Op. Cit. Pág. 2283. En contra VARA PAZ, N “Cumplimiento e incumplimiento de convenio”. Op cit. Pág. 4770, que entiende que solo están legitimados los acreedores vinculados por el convenio por lo que no estarían legitimados los privilegiados que no se hayan adherido o votado a favor. Este es el criterio seguido por la Audiencia Provincial de Las Palmas, Secc. 4ª, en sentencia de 23 de enero de 2.008 que negó legitimación al un acreedor privilegiado por no verse afectado por el contenido del convenio.

¹⁹⁶ GUTIÉRREZ GILSANZ, A. “Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición nulidad y declaración de incumplimiento”. Op. Cit. Pág. 267.

¹⁹⁷ MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A. en “Comentarios a la legislación concursal”, Op. Cit. Pág. 2528.

¹⁹⁸ ROJO, A. “Comentario de la Ley Concursal”. Op. Cit. Pág. 2279.

art. 140 LC. Así las cosas, la Ley Concursal ha atribuido al Juez del concurso el conocimiento de esta solicitud de incumplimiento que se tramitará por el cauce del incidente concursal (art. 140.2 LC), y se resolverá por sentencia contra la que cabe recurso de apelación (art. 140.3 LC).

En relación a los efectos de la declaración de incumplimiento el apartado 4 del art. 140 LC establece que: *“la declaración de incumplimiento del convenio supondrá la rescisión de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el artículo 136”*. Es decir, el deudor queda obligado en los términos de la originaria obligación, desaparecen las quitas y esperas convenidas y no se produce efecto novatorio alguno sobre los créditos. Sin embargo, este precepto no agota todos los efectos de la declaración de incumplimiento de convenio ya que junto a la rescisión del convenio y la desaparición de la eficacia novatoria del mismo, también supondrá la apertura de la liquidación de oficio (art. 143.1.4 LC).

Como decíamos, la rescisión del convenio no tiene efectos retroactivos, produciéndose su eficacia ex nunc, a diferencia de las acciones resolutorias contenidas en el Código Civil, por lo que tiene una naturaleza jurídica distinta a la de la rescisión de los contratos en general regulada por los arts. 1290 a 1299 CC, así como a la de la condición resolutoria por incumplimiento implícita en los contratos bilaterales recogida en el art. 1124 CC, extendiéndose sus efectos a todos los acreedores al tratarse una rescisión colectiva. Un ejemplo de esta eficacia limitada es que los pagos que se hubieran efectuado durante el cumplimiento parcial del convenio se presumen legítimos, salvo que se probara la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores (art. 162.1 LC). Tampoco deberían verse afectadas por el mero hecho del incumplimiento las prestaciones íntegramente satisfechas o solventadas de modo distinto al pago, como son la conversión de créditos en acciones o participaciones sociales o, incluso, las modificaciones estructurales que puedan haberse realizado al amparo del convenio, que deberán subsistir¹⁹⁹, sin perjuicio de que puedan ser impugnadas por otras causas ajenas al mero incumplimiento. No debe olvidarse que, en relación a la

¹⁹⁹ Como destaca DE LA CUESTA RUTE, J.M. en “El convenio concursal, comentarios a los arts. 98 a 141 de la Ley Concursal”, Op. Cit. Pág. 219.

modificación estructural, la eficacia de la misma deriva de su inscripción en el registro Mercantil competente (arts. 19 y 46.1 LME), determinando la extinción de las sociedades absorbidas o existentes con anterioridad y la cancelación de oficio de los asientos registrales de las sociedades extinguidas. El proceso de modificación estructural, por tanto, se mantiene. Ahora bien, el incumplimiento de un convenio con modificación estructural conllevará la subsistencia de la obligación de la sociedad que adquiere de satisfacción del pasivo de la fusionada, sin que en este marco operen ya las quitas o esperas acordadas y la apertura de oficio de la liquidación concursal (art. 143.2 LC) que se acompañará de la apertura de la sección de calificación del concurso (art. 167.1.2 LC)²⁰⁰.

Como se ha dicho, el incumplimiento implica que el convenio deja de producir efectos sobre los créditos vinculados por el mismo, cesando el efecto novatorio y la exoneración del pasivo que convencionalmente ello puede vincular, que, como se ha analizado, legalmente se vincula al efectivo cumplimiento del convenio. Esto significa que se suprimen las limitaciones que el convenio estableció sobre los créditos de los acreedores, devolviendo a éstos la naturaleza y posición que tenían dentro del concurso al ser pactado el convenio, conservando los acreedores acción respecto del pasivo que aún resulte insatisfecho, sobre los bienes que ulteriormente adquiera o pueda adquirir el concursado (art. 162 LC).

La declaración de incumplimiento lleva aparejada la apertura de la liquidación de oficio siempre que el incumplimiento se haya declarado mediante resolución judicial firme (art. 143.1.5 LC). Ante un incumplimiento declarado judicialmente, el procedimiento concursal continuará y desembocará directamente en la fase de liquidación sin necesidad de tener que solicitar, como ocurría en la legislación sobre suspensiones de pagos y quiebras, la declaración de la quiebra o reapertura y continuación de la misma. No siendo en ningún caso, el incumplimiento del convenio causa de conclusión del

²⁰⁰ PULGAR EZQUERRA, J. "Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal" en "Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles", Op. Cit. Pág. 763.

concurso²⁰¹.

La apertura de la fase de liquidación comporta otros efectos que son consecuencia de su apertura, reponiendo el Juez del concurso a los administradores concursales que, en su caso, habían cesado como consecuencia de la eficacia del convenio o nombrará a otros (art. 145.1. LC). Dado que en esa fase concurrirán los antiguos acreedores con los nuevos que hayan contratado con el deudor durante la fase de convenio, deberá procederse por la administración concursal a actualizar la lista de acreedores de forma similar a lo establecido en el art. 180 LC, teniendo en cuenta las reglas sobre comunicación y reconocimiento de créditos de los arts. 84 y ss. de la Ley Concursal²⁰².

La apertura de la liquidación también conllevará la extinción del derecho de alimentos con cargo a la masa activa si el concursado fuera persona natural, salvo cuando fuere imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado y las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 y descendientes bajo su potestad (art. 145.2 LC). Si el concursado fuese una persona jurídica que no hubiera sido disuelta, se acordará su disolución, así como, en todo caso el cese de los administradores o liquidadores que serán sustituidos por la administración concursal (art. 145.3. LC). Por último, hay que resaltar que si la causa por la que se declare el incumplimiento del convenio fuese imputable al concursado, se calificará el concurso como culpable (art. 164.2.3 LC).

Este mismo efecto se produce en relación a los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de la Ley Concursal, ya que según la Disposición Transitoria 1ª. 2 de la Ley Concursal, la resolución judicial que declare el incumplimiento de un convenio aprobado en cualquiera de los procedimientos concursales y gane firmeza después de la entrada en vigor de

²⁰¹ HÖLDER FRAU, H.A. en “El convenio en la quiebra y en la Ley concursal”, Op. Cit. Pág. 398.

²⁰² VARA PAZ, N “Cumplimiento e incumplimiento de convenio”. Op cit. Pág. 4775; GUTIÉRREZ GILSANZ, A. “Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición nulidad y declaración de incumplimiento”. Op. Cit. Pág. 243. Este criterio fue el seguido, entre otras resoluciones judiciales, en Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid de 13 de abril de 2009.

esta ley producirá la apertura de oficio del concurso del deudor a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación regulada en ella, conociendo de este concurso el mismo juzgado que hubiere tramitado el precedente procedimiento concursal.

6.4.- Conclusión del concurso por resolución judicial que declara el cumplimiento del convenio: la “exoneración impropia del pasivo”

La Ley Concursal regula en el art. 176.1 las tradicionales causas de conclusión de los procedimientos concursales, habiendo sido la regulación de esta materia en la Ley Concursal objeto de una importante reforma en la Ley 38/2011. En el art. 176.1 LC se alude a la revocación de la declaración del concurso, el correcto cumplimiento del convenio o la caducidad o rechazo de las acciones de declaración de incumplimiento, la finalización de la liquidación, la insuficiencia de masa activa, la desaparición de la insolvencia, el pago y el desistimiento o la renuncia de todos los acreedores.

Se distingue así entre “*cumplimiento del convenio*” y “*conclusión del concurso*”, configurándose el primero como una de las causas de la segunda (art. 176.1.2 LC). Como se ha analizado en otro lugar del presente trabajo, previamente a la conclusión del concurso se exige la declaración del cumplimiento del convenio por el Juez del concurso mediante auto (art. 139.1 LC). Esta solicitud incumbe, exclusivamente, al deudor, único legitimado para formularla, no contemplándose en la Ley Concursal en esta sede un trámite de audiencia, sino tan solo la puesta de manifiesto de la solicitud y el informe en la secretaría, dictando el juez auto declarando cumplido el convenio transcurridos quince días desde esa puesta de manifiesto (art. 139.2 LC). No obstante, durante dicho plazo pueden presentar observaciones sobre el cumplimiento los interesados, observaciones que el juez podrá tener en cuenta a la hora de tomar su decisión. El juez puede declarar por auto cumplido el convenio, pero también podría entender que no se ha producido dicho cumplimiento, por lo que lo declarará así, pero esa declaración no equivale a una declaración de incumplimiento, pues ésta solo se produce a instancias del acreedor y por los

trámites del art. 140 LC²⁰³.

Posteriormente a esta resolución, de acuerdo con los arts. 141 y 176.1.2 LC, el Juez del concurso podrá dictar el auto de conclusión del concurso siempre y cuando el auto de declaración del cumplimiento del convenio hubiera ganado firmeza y haya transcurrido el plazo de caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento o, en su caso, se haya rechazado por resolución judicial firme las que se hubieren ejercitado. Este auto de declaración del concurso por cumplimiento del convenio será irrecurrible (art. 177.1 LC) y se le dará la publicidad prevista en los arts. 23 y 24 LC.

La conclusión del concurso mediante el cumplimiento del convenio también supondrá el cese de las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor subsistentes, esto es, aquellas que se habían pactado en el seno del convenio, salvo las que se contengan en la sentencia firme de la calificación (art. 178.1 LC).

Por otra parte, con el cumplimiento del convenio por el deudor también caducará la acción de nulidad sobre los actos realizados por éste que infrinjan las limitaciones sobre sus facultades patrimoniales ordenadas por el Juez del concurso, para el supuesto de que cualquier acreedor o quién hubiera sido parte en la relación jurídica afectada, hubiera efectuado el correspondiente requerimiento a la administración concursal para que ejercitase la acción de anulación o la convalidación o confirmación del acto (art. 40.7 LC). A partir de este momento, este tipo de actos podrán ser inscritos en los correspondientes Registros Públicos porque se podrá acreditar la conclusión del concurso.

En aquellos casos en los que el concursado esté inscrito en el Registro Mercantil, después de la conclusión del concurso mediante la aprobación judicial del convenio, el Juez del concurso, de acuerdo con lo ordenado por el art. 325.1 del Reglamento del Registro Mercantil, remitirá al Registro Mercantil donde esté inscrito el concursado, mandamiento judicial en el que se transcribirá la parte dispositiva del auto por el que se declare concluido el concurso. De este modo se cancelarán los asientos del Registro Mercantil que

²⁰³ MORILLAS, M. J. "Comentario de la Ley Concursal". Op. Cit. Pág. 2274.

se practicaron tras la declaración del concurso del comerciante o sociedad mercantil ex art. 321, salvo el relativo a la inhabilitación del concursado o de los administradores de la sociedad mercantil concursada. Este último asiento de inscripción sólo se cancelará mediante mandamiento judicial en el que se transcriba la parte dispositiva del transcurso del período de inhabilitación del inhabilitado.

Si la finalidad que se atribuye al concurso es una finalidad solutoria, dirigida a satisfacer los créditos de los acreedores, el cumplimiento del convenio, en tanto que tiene una eficacia novatoria de las obligaciones preexistentes del deudor, comporta el pago y la satisfacción de todos los acreedores, por lo que cumplido el convenio, la única resolución posible es la conclusión del concurso, que habrá cumplido su finalidad.

Como hemos dicho, los efectos del convenio sobre los créditos en la Ley Concursal podrán ser dilatorios, remisorios o mixtos pero con las limitaciones del art. 100 LC que ya han sido expuestas al estudiar el contenido del convenio en la Ley Concursal. El artículo 136 LC ha reconocido expresamente la eficacia novatoria del contenido del convenio, tanto sobre los créditos de los acreedores ordinarios y subordinados, así como de los privilegiados, siempre que estos últimos hubieren votado o adherido al mismo. De este modo, sus créditos se extinguirán en el porcentaje de la quita pactada y la exigibilidad de los mismos quedará aplazada por el tiempo de espera acordado.

El convenio concursal integra un modo diverso de cumplimiento de la obligación originaria. Ciertamente, la obligación originaria subsiste, por tanto la novación prevista en la Ley Concursal no puede considerarse una novación extintiva; pero si podemos hablar de una novación modificativa, admitida por nuestro derecho, que será el efecto de la alteración subjetiva u objetiva de la obligación, cuando no proceda su extinción por voluntad de las partes o por incompatibilidad entre la obligación antigua y la destinada a sustituirla. Este es el efecto que produce el convenio en las obligaciones preexistentes. Se modifica la obligación en el sentido de aplazar su exigibilidad o extinguir parcialmente su importe.

Que se produce una extinción definitiva se manifiesta en el hecho de que, cumplido el convenio, el deudor queda liberado del importe remitido aunque llegare a mejor fortuna, lo que le diferencia como se verá, de la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho, supuesto en el que el art. 178.2 LC contempla la subsistencia del principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC. De este modo, si aprobado un convenio con contenido de quita el deudor cumpliera dicho convenio, durante el concurso los acreedores solo podrán reclamar la satisfacción de su crédito en los términos acordados en aquel, quedando extinguidos dichos créditos definitivamente en la parte afectada por el convenio, una vez concluido el concurso por la firmeza de la declaración de cumplimiento del convenio.

Se produce así una liberación de una parte de la deuda, de tal modo que, al final del proceso concursal, parte del pasivo inicial resulta exonerado, en virtud de la eficacia novatoria que el convenio concursal comporta. Nos encontramos ante una novación especial, *sui generis* o de masa, en la que el efecto más característico: la extinción parcial o el aplazamiento, se producen sin necesidad del concurso individual de cada acreedor, bastando la voluntad mayoritaria de los acreedores y la aprobación judicial, unido al cumplimiento efectivo de lo convenido. El convenio implica una novación modificativa de la obligación originaria, dado que el cumplimiento del convenio es un modo de cumplimiento de la obligación y, en consecuencia, de extinción de las obligaciones del deudor, equivaliendo al pago el cumplimiento por el deudor de lo acordado en el convenio. La obligación modificada queda saldada y el deudor definitivamente liberado de la parte de la deuda remitida según el contenido del propio convenio, lo que, con independencia de la mayor o menor facilidad para concertar un convenio concursal, es aplicable a cualquier tipo de deudor insolvente, tanto persona física como jurídica, aspecto éste que diferencia la exoneración derivada del convenio de otras modalidades de liberación de deudas que, como veremos, se aplican tan solo a las personas físicas o a las jurídicas. De este modo, tras la conclusión del concurso por el cumplimiento del convenio, el deudor queda liberado de sus deudas anteriores y superada su situación de insolvencia, aunque la deuda no haya sido íntegramente satisfecha.

Nos encontramos, por tanto, ante un instrumento impropio de “*discharge*”, ya que, a diferencia de los sistemas propios de origen legal, tiene su origen en la voluntad de las partes (deudor y acreedores) y naturaleza negocial, produciendo, como consecuencia de la resolución judicial que declara el cumplimiento del convenio, el efecto de concluir el concurso y de liberar al deudor definitivamente de la deuda concursal no satisfecha y afectada por el contenido del convenio.

Aunque el efecto exoneratorio es idéntico al de los sistemas propios de “*discharge*”, existen importantes diferencias entre un sistema y otro. Por un lado, el efecto liberador que produce la declaración de cumplimiento del convenio se conecta a la voluntad de las partes y no a un mandato legal como acontece en la “*discharge legal*” en sentido propio. De otro es un mecanismo que opera respecto de personas físicas y jurídicas, en tanto que la “*discharge*” propia en los ordenamientos en los que se regula solo se produce respecto de las personas físicas, ya que las jurídicas, como veremos más adelante, se extinguen en caso de conclusión del concurso con pasivo insatisfecho. De otro lado, a diferencia de lo que suele acontecer en relación a los sistemas propios de exoneración del pasivo, no existe en caso de convenio una categoría de deudas excluidas respecto de las que no se extiende el efecto liberatorio. Por último, no existe en caso de convenio un “*test de discharge*”, en orden a determinar qué tipo de deudores son merecedores de acudir al convenio, dejando aparte las limitadas prohibiciones que para presentar una propuesta anticipada de convenio se establecen en el art. 105 LC, requisito que si se suele exigir en orden a beneficiarse de los instrumentos propios de “*discharge*”.

Analizaremos a continuación lo que se podría calificar como segundo mecanismo impropio de “*discharge*”, esta vez conectado solo a la persona jurídica, en supuestos de conclusión por liquidación o insuficiencia de masa con pasivo insatisfecho.

II EXTINCIÓN DE PERSONA JURÍDICA Y CONCLUSION DEL CONCURSO CON PASIVO INSATISFECHO

1.- LA LEY DE REFORMA 38/2011 Y EL REPLANTEAMIENTO DE LAS CAUSAS DE CONCLUSIÓN DEL CONCURSO

El concurso como procedimiento judicial que persigue la satisfacción de los acreedores en caso de insolvencia del deudor común, no tiene una vocación de permanencia indefinida en el tiempo. Al contrario, la propia Ley Concursal se encarga de regular cuáles son las causas que determinan la conclusión del procedimiento concursal. Estas causas se refieren en unos casos a aspectos meramente procesales, en otros al cumplimiento de los fines del proceso concursal, regulándose también algunas causas que ponen de manifiesto la imposibilidad de cumplir esos fines en el seno del concurso. De este modo, podría definirse la conclusión del concurso como el acto en virtud del cual el proceso concursal termina, con independencia de que el concurso haya alcanzado o no la finalidad que le asigna el ordenamiento, y con independencia igualmente de que pueda encontrar en el futuro efectos sucesivos a través del mecanismo de la reapertura²⁰⁴

La reforma llevada a cabo por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal ha modificado sustancialmente la regulación de las causas de conclusión del concurso. Entre las novedades se encuentra: el reconocimiento de la desaparición de la situación de insolvencia como causa de conclusión del concurso; la regulación expresa de la conclusión de la fase de liquidación como causa de conclusión y, por último, la introducción de la figura de la conclusión por insuficiencia de masa, que sustituye, con una regulación más detallada, a la conclusión por inexistencia de bienes y derechos para satisfacer a los acreedores.

Las causas de conclusión del concurso se regulan en el art. 176 sobre la base del cual: *“1. Procederá la conclusión del concurso y el archivo de las*

²⁰⁴ YANES YANES, P. en “Comentario al art. 176”. Op. Cit. Pág. 2907.

actuaciones en los siguientes casos: 1º Una vez firme el auto de la Audiencia Provincial que revoque en apelación el auto de declaración de concurso.

2º Una vez firme el auto que declare el cumplimiento del convenio y, en su caso, caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento, o que declare finalizada la fase de liquidación.

3º En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa.

4º En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio o que ya no existe la situación de insolvencia.

5º Una vez terminada la fase común del concurso, cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos.

2. En los dos últimos casos del apartado anterior, la conclusión se acordará por auto y previo informe de la administración concursal, que se pondrá de manifiesto por quince días a todas las partes personadas.

Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase oposición a la conclusión del concurso, se le dará la tramitación del incidente concursa”.

Como puede apreciarse nos encontramos con un conjunto heterogéneo de causas de conclusión que operan de distinto modo en el seno del procedimiento concursal siendo sus efectos también diversos. Algunas causas, como veremos, determinan automáticamente la conclusión del concurso sin más trámites una vez se producen; otras, sin embargo, llevan aparejado un procedimiento específico, que es el que desembocará en la conclusión del procedimiento.

Las causas de conclusión del concurso pueden sistematizarse del siguiente modo:

Causas relacionadas con la inexistencia de presupuesto para la declaración del concurso, que incluirían la firmeza del auto de la Audiencia Provincial que revoque en apelación el auto de declaración de concurso y la carencia sobrevenida de objeto.

Causas relacionadas con la realización de las soluciones típicas del concurso relativas al cumplimiento del convenio o la finalización de la fase de liquidación.

Causas anómalas de conclusión del concurso entre las que encontramos la satisfacción extraconcursal de los acreedores y la conclusión por insuficiencia de masa.

Al análisis de cada una de estas causas nos referiremos a continuación.

2. LA TIPOLOGÍA DE LAS CAUSAS DE CONCLUSIÓN

2.1.- La realización de las soluciones típicas del concurso

En este marco se sitúa de un lado el cumplimiento del convenio, de la que ya nos hemos ocupado en el apartado anterior del presente estudio y de otro la finalización de las operaciones de liquidación, cuyo estudio remitimos a otro lugar del presente trabajo.

2.2.- La inexistencia de presupuesto para la declaración del concurso

En primer lugar nos encontramos con la firmeza del auto de la Audiencia Provincial que revoque en apelación el auto de declaración de concurso

Se trata de la primera de las causas de conclusión del concurso, ligada a la posibilidad de recurrir el auto de declaración de concurso, tal y como establece el art. 20.2 LC, recurso que no tiene efectos suspensivos, salvo que el juez acuerde lo contrario, y que, en consecuencia, no impide que la declaración de concurso despliegue plenamente sus efectos, tal y como prevé el art. 21.2 LC. Por tanto, la revocación del auto de declaración de concurso produce de hecho la conclusión del proceso iniciado.

Las causas de revocación del auto de declaración pueden ser de diversa índole. En algunos casos se referirán a aspectos procesales, relativos a legitimación, competencia o defectos formales. Más frecuentes serán los relativos a la ausencia de los presupuestos materiales del proceso concursal especialmente la concurrencia de la situación de insolvencia.

Es una de las causas de conclusión que una vez se produce determina la conclusión del proceso concursal sin más trámites pues, en definitiva, versa sobre la procedencia o no de la incoación del proceso, aspecto expresamente resuelto por la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación, por lo que no cabe más que el archivo del procedimiento.

Ahora bien, existen una serie de efectos que ya se habrán producido y que por razones de seguridad jurídica y de protección de terceros de buena fe deberán respetarse, de este modo la eficacia de dicha resolución se producirá ex nunc, es decir desde la fecha de la firmeza de la misma, pues el concurso ya se ha iniciado y desplegado sus efectos. Dado que existirá una administración concursal nombrada, la revocación del auto de declaración de

concurso y consecuente conclusión del mismo, debe llevar aparejada la obligación de rendir cuentas por parte de la administración concursal.

La carencia sobrevenida de objeto constituye también causa de conclusión del concurso de acreedores. Así, la desaparición de la situación de insolvencia se regula expresamente en el art. 176.1.4 LC como causa de conclusión de concurso. Constituye una novedad de la reforma de la Ley concursal, pues antes no se regulaba expresamente. La situación de insolvencia constituye el presupuesto objetivo de la declaración de concurso. Ahora bien, esa situación de insolvencia puede desaparecer a lo largo del proceso concursal, incluso por causas ajenas a éste. Si desaparece la situación de insolvencia el proceso carece de objeto y esa carencia sobrevenida debe determinar su conclusión.

Aunque la Ley Concursal en su redacción originaria no regulaba expresamente esta causa de conclusión, podía admitirse por aplicación de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, derecho procesal supletorio de acuerdo a lo previsto en la Disposición Final 5ª LC, en concreto a lo establecido en el art. 22 LECiv.

En cualquier caso, no es una causa que determine la conclusión de modo automático, sino que requiere un informe de la administración concursal y resolución judicial que así lo acuerde en los términos del art. 176.2 LC que se analizarán más adelante.

Junto a los tradicionales presupuestos del concurso, la doctrina y jurisprudencia han añadido un tercer presupuesto que es la pluralidad de acreedores. La pluralidad de acreedores no aparece expresamente indicada en la Ley concursal, sin embargo ha sido aceptada por doctrina y jurisprudencia, al entender que se deduce de los propios términos de la Ley. De este modo, el artículo 2 de la Ley concursal se refiere al deudor común, como deudor a varios, la propia palabra concurso hace referencia a concurrencia, así se indica en la propia Exposición de Motivos de la Ley. Por otra parte, el concurso tiene sentido cuando convergen varios créditos sobre un mismo patrimonio, en otro caso se puede acudir a la ejecución singular prevista en la Ley de

Enjuiciamiento Civil²⁰⁵. La Ley Concursal, sin embargo, no contempla como causa de conclusión del concurso la desaparición sobrevenida de la pluralidad de acreedores. No obstante, podría llegarse al mismo resultado y acordarse la conclusión por aplicación del derecho procesal supletorio, ya que la Ley de Enjuiciamiento Civil, regula la carencia sobrevenida de objeto como causa de conclusión del proceso en el art. 22. Nos encontraríamos ante una causa atípica de conclusión del proceso concursal. La ausencia de una regulación expresa en la Ley Concursal, debe llevar a aplicar los trámites establecidos en el propio art. 22 LECiv, que contempla la audiencia a las partes y ante la falta de conformidad la celebración de una vista y la resolución judicial ulterior, que si acuerda la conclusión del procedimiento será susceptible de recurso de apelación.

2.3.- Causas “anómalas” de conclusión del concurso

En esta categoría nos encontramos con la conclusión del concurso por inexistencia o insuficiencia de masa, que se abordará más adelante y la satisfacción extraconcursal de los acreedores, que analizamos a continuación.

Existen una serie de causas de conclusión del concurso que operan una vez ya se ha declarado el concurso y que sin embargo tienen su fundamento en circunstancias normalmente ajenas a las que son las causas típicas de conclusión del concurso, es decir, el convenio o la liquidación. A las mismas se refiere el art. 176 LC en sus apartados 4º y 5º, que contemplan la conclusión del concurso en cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio; así como una vez terminada la fase común del concurso, cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores

²⁰⁵ En este sentido se han pronunciado los autos de los Juzgados de lo Mercantil de 3 de diciembre de 2004 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao; 16 de diciembre de 2004 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid; 11 de mayo de 2005 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao; 13 de octubre de 2006 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid o auto de 11 de enero de 2.006 del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, entre otros

reconocidos.

Se trata de dos causas distintas. La primera comporta la satisfacción de los acreedores mediante el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio. La Ley indica que esta causa de conclusión puede acordarse en cualquier estado del procedimiento, lo cual plantea el problema de determinar qué acreedores deben ser satisfechos y por qué importe, ya que puede que no se haya concluido la fase común y, por tanto, no existan textos definitivos. Ciertamente, ese pago o consignación o esa satisfacción de los acreedores, se habrá producido, normalmente, al margen del proceso concursal, normalmente por un tercero que esté interesado en el cumplimiento de la obligación, o por deudores solidarios, fiadores o avalistas, pues en el concurso a esa solución solo cabe llegar por medio del cumplimiento del convenio o por medio de la liquidación, que constituyen causas de conclusión distintas²⁰⁶. No obstante, sería posible que antes de llegar a la aprobación de un convenio o a la conclusión de la liquidación el deudor obtuviera liquidez suficiente para satisfacer todas las deudas pendientes, lo que deberá verificarse de modo simultáneo y sin posibilidad de acuerdos particulares con los acreedores concursales, dando lugar de este modo a la referida causa de conclusión del concurso. Ahora bien, ese pago, consignación o satisfacción extraprocesal, para que pueda surtir efectos en el concurso debe estar debidamente acreditado. Por ello, esta causa, a diferencia de otras no opera automáticamente, sino que es necesario un previo informe de la administración concursal y un trámite de audiencia que permitan acreditar ante el juez del concurso la realidad de esas circunstancias antes de acordar la conclusión del concurso.

La segunda de las causas se refiere al desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos. A diferencia de la anterior solo puede

²⁰⁶ Por el contrario VALPUESTA GASTAMINZA, E. en “Conclusión y reapertura del concurso”, en “El Concurso de Acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal”. PULGAR EZQUERRA, J. Dir., Las Rozas, 2012. Pág. 609, entiende que la conclusión de la liquidación, siempre lleva aparejada la existencia de créditos pendientes de satisfacción, en otro caso habría que acudir a la causa del art. 176.1.4 LC.

acordarse una vez terminada la fase común, por lo que constará en los textos definitivos quiénes son los acreedores del deudor. Aunque el acto de desistimiento y renuncia se producirá en el seno del concurso y corresponderá al juez del mismo aceptarlos, las causas que motivan esa actuación procesal de parte se habrán producido, generalmente, al margen del proceso concursal.

La Ley regula conjuntamente el desistimiento y la renuncia. Si bien ambos son expresión del derecho de disposición de las partes sobre el proceso, producen efectos distintos, pues el desistimiento opera en un ámbito estrictamente procesal, ya que comporta una voluntad de no continuar el procedimiento iniciado, pero no impediría volver a iniciar otro con el mismo objeto; mientras que la renuncia implica un abandono del derecho, desplegando su efectos más allá del ámbito procesal e impidiendo el inicio de un nuevo proceso sobre la misma pretensión. La conclusión por esta causa solo podrá acordarse si consta la renuncia o desistimiento de la totalidad de los acreedores; basta que uno de ellos no lo haga para que el procedimiento continúe y no surta efecto la de los demás. Ello es así porque nos encontramos ante un proceso de carácter colectivo, siendo indiferente a estos efectos la posición del deudor, quien si tiene en su mano la iniciación del proceso concursal, aunque no exclusivamente pues también se reconoce al acreedor y otros legitimados en los términos del art. 3 LC, pudiendo desistir de su solicitud antes de la declaración de concurso, pero quedando vedada esa posibilidad una vez iniciado, reservándose esa facultad a la totalidad de sus acreedores²⁰⁷. En cualquier caso, al igual que ocurría con la anterior causa de conclusión, es preciso que se elabore un informe de la administración concursal y se conceda un trámite de audiencia previo a la resolución judicial que sobre tal cuestión deba dictarse.

²⁰⁷ En este sentido OLIVENCIA RUIZ, M.: "Facultades del juez y voluntad de las partes en el procedimiento de declaración de concurso". Op. Cit. Pág. 52.

2.4.- Inexistencia e insuficiencia de bienes y concurso: La función del patrimonio en el concurso

Dado que la finalidad primaria del concurso de acreedores es satisfacer los créditos de los acreedores en caso de insolvencia del deudor, el patrimonio del concursado adquiere una relevancia especial, pues es el que servirá para cumplir ese objetivo. Es por ello que la Ley Concursal se ocupa de regular la composición de ese patrimonio y de establecer una serie de medidas tendentes a garantizar la integridad del mismo durante la tramitación del procedimiento concursal, mediante las limitaciones de las facultades de administración o disposición sobre el patrimonio del deudor.

Podemos entender por patrimonio del concursado, el conjunto de bienes, derechos y acciones que le pertenecen. Sin embargo, desde la perspectiva del concurso interesa el concepto de masa activa, que es más restrictivo ya que según el art. 76 de la Ley Concursal: *“1 Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento. 2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables”*. Por tanto, solo se integran en la masa activa los bienes y derechos del deudor con contenido patrimonial que no sean inembargables. De este modo podría definirse la masa activa como un patrimonio separado del deudor insolvente creado legalmente para la satisfacción de los acreedores²⁰⁸, convirtiéndose, por tanto, la referida masa activa en objeto material del concurso²⁰⁹.

²⁰⁸ TIRADO, I.: “Comentario a la Ley Concursal”, ROJO, A. y BELTRÁN, E., Directores, Thomson-Aranzadi. Madrid, 2004. Tomo I. Pág. 1360.

²⁰⁹ YANES YANES, P. en “La suficiencia de masa como cuestionable presupuesto del concurso. Nota al Auto de la AP Barcelona Sección 15.ª de 22 de febrero de 2007”. RcP. La Ley núm. 7/2007. Pág. 167 y ss.

Esto supone que la masa activa estará integrada por bienes existentes, por los futuros y por los que se recuperen, adquiriendo así, frente a lo que acontece con la lista de acreedores que debe llegar a ser definitiva, un carácter dinámico, pudiendo modificarse a lo largo del procedimiento. Respecto a los bienes presentes, nos referimos a los bienes y derechos que se hallen en poder del deudor en el momento de la declaración del concurso y que son ocupados mediante el denominado "acto de desapoderamiento". Junto a estos bienes también formarán parte de la masa activa los que salieron indebidamente del mismo y que vuelven a la masa mediante las oportunas acciones de reintegración. Por último también es necesario incluir los bienes futuros, es decir, los que adquiera hasta la finalización del procedimiento, y que vienen a constituir una manifestación del principio de responsabilidad patrimonial universal que consagra el art. 1911 CC.

Dentro de estos bienes futuros se incluyen los que se adquieren como consecuencia de la continuación del ejercicio de su actividad profesional o empresarial y también los que pueda haber obtenido a título personal, mediante la aceptación de una herencia, donación u otro acto gratuito. Es más, es posible incluir, dentro de los bienes de la masa activa los que adquiera con posterioridad a la conclusión del concurso; nos referimos al supuesto de conclusión por insuficiencia de masa activa en el que es posible la reapertura del mismo cuando aparezca nuevos bienes con los que hacer frente a los acreedores, tal y como se infiere de los arts. 179 y 180 LC y esa aparición de nuevos bienes puede ser por adquisición por cualquier título posterior a la conclusión, lo que evidencia que en nuestro derecho concursal la reapertura del concurso se configura como un mecanismo de reintegración y liquidación de la masa activa de un concurso concluido con liquidación fracasada en cuanto todos o algunos de los créditos contra el concursado han quedado insatisfechos total o parcialmente²¹⁰.

Por otro lado, como hemos dicho en la masa activa se integran los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado susceptibles de

²¹⁰ ALONSO ESPINOSA, F.J. "Comentarios a la Ley Concursal" Tomo II, PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C. y ALCOVER GARAU, G. directores. Madrid, 2004. Pág. 1492.

ejecución a favor de la masa. Esto supone que no la integran, por un lado los bienes que carezcan de contenido patrimonial, lo que encuentra su razón de ser en que no podrán destinarse al pago de los créditos, y tampoco los que sean inembargables, porque no podrán ser objeto de ejecución y en consecuencia no podrán realizarse durante la fase de liquidación. Por este motivo el art 76.2 de la ley señala que *“se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior aquellos bienes y derechos que, aún teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables”*. En esta formulación se incluyen tanto los bienes y derechos extrapatrimoniales, inalienables, como los inherentes a la persona, y los patrimoniales no ejecutables, los carentes de contenido económico, los que a pesar de tener contenido económico son inejecutables en cuanto inherentes a la persona del deudor, como derechos de uso, habitación y usufructos legales, ya que todos ellos son inembargables.

Para la determinación de los bienes inembargables, es necesario acudir a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establecen los bienes que no son embargables. Ahora bien, en la Ley procesal se regulan, por un lado los bienes absolutamente inembargables (art 605 LECiv) que incluye los que carecen de contenido patrimonial y los declarados inembargables por una norma legal, y por otro lado, los bienes inembargables del ejecutado (art 606 LECiv) que alude al mobiliario de la casa, las ropas del ejecutado y su familia, los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión del ejecutado, los bienes sacros, también considera inembargables, en general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia, así como las cantidades declaradas inembargables por ley, constituidas, según el art. 607 LECiv, por los salarios que no excedan del salario mínimo interprofesional, refiriéndose, igualmente, el art. 606 LECiv a los bienes declarados inembargables por tratados internacionales ratificados por España. Dada la existencia de dos preceptos distintos, nos podíamos plantear si dentro del concepto de bienes legalmente inembargables del art 76.2 se incluyen solo los del art 605 de la LECiv o también los del art. 606. Dado que el legislador no

establece ninguna distinción podemos concluir que se han de considerar incluidos los bienes previstos en ambos preceptos.

Patrimonio y masa activa, son por tanto conceptos que tienen un distinto significado en el ámbito del derecho concursal. Por un lado puede existir patrimonio del deudor y, sin embargo, no existir masa activa, por tratarse de bienes carente de contenido económico o ser inembargables. Puede existir masa activa, pero estar integrada por bienes de ínfimo valor que no justifica el coste de su realización o tratarse de bienes gravados con garantías reales que, en caso de realización, servirán para satisfacer, exclusivamente o hasta donde alcance su valor, los créditos garantizados, pero no los restantes créditos, ni los gastos que el concurso genera (art. 156.1 LC). Por tanto desde la perspectiva del concurso lo relevante es la existencia de masa activa y para determinar esa masa activa es necesario realizar una serie de operaciones de reintegración y reducción que permiten pasar de la masa de hecho a la masa de derecho²¹¹.

En este marco, dada la función esencial que la existencia de masa activa cumple en el concurso, el concurso sin masa constituye una patología de la Ley Concursal que se encontraba deficientemente solucionada en la redacción originaria de la misma. Al margen de la pluralidad de acreedores, la Ley Concursal considera la insolvencia como único presupuesto objetivo de la declaración de concurso. Producida la insolvencia surge la obligación del deudor de solicitar el concurso y constatada ésta la obligación del Juez de declararlo. Se pone así en marcha un procedimiento que genera una serie de gastos y que tiene como fin la satisfacción de los acreedores por medio del convenio o de la liquidación de los bienes del deudor. La insuficiencia de masa impide tanto que el concurso pueda alcanzar su fin, como que los gastos generados puedan ser sufragados por el patrimonio del deudor.

El problema que plantean estos concursos es un problema de índole práctica. Si la finalidad del concurso es satisfacer los créditos de los acreedores

²¹¹ RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. en “La existencia de activo realizable como requisito de procedibilidad en el concurso”. RcP. La Ley núm. 12/2010. Pág. 53. En el mismo sentido NAVARRO LÉRIDA, M.S. en “La inexistencia de bienes y derechos como presupuesto de la conclusión” en “La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura”, GADEA SOLER, E., NAVARRO LÉRIDA, M.S. y SACRISTÁN BERGIA, F. autores. Monografías de la RcP. La Ley nº 11/2009. Getafe, 2010. Pág. 54.

y el deudor carece de bienes para pagar a sus acreedores ¿Es posible iniciar un procedimiento concursal que no va a alcanzar su objetivo, generando unos gastos que tampoco van a ser satisfechos?

La Ley no daba una respuesta clara a este dilema, de hecho las soluciones adoptadas por los juzgados mercantiles y las diversas Audiencias provinciales han sido distintas. También la doctrina ha discrepado acerca de la admisión a trámite de concursos sin masa²¹².

La única referencia expresa que la Ley Concursal hacía a esta cuestión era la posibilidad, prevista en el art. 176.1.4 de concluir el concurso en cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores.

La Ley concursal establece en los arts. 1 y 2 los presupuestos subjetivo y objetivo del concurso²¹³, junto a ellos doctrina y jurisprudencia han añadido,

²¹² En contra de tal posibilidad se posicionan FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. en “Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso”, en La Nueva Ley concursal, Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII, Director GARNICA MARTÍN J.F. Madrid, 2003. Pág. 19 y ss. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. en “La retribución de los administradores concursales”, La Ley núm. 6.256, de 19 de mayo de 2005. Pág. 1 y ss. GONZÁLEZ GONZALO, A. en “Comentarios a la Ley Concursal”, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. coordinador. Vol. I. Madrid, 2004. Pág. 1125 y ss. BLASCO, F. en “Inexistencia e insuficiencia de activo. El llamado concurso sin masa”. ADCo. Aranzadi, núm. 18/2009. Pág. 193 y ss. RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E. en “Declaración de concurso voluntario sin masa activa”. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, núm. 3/2008. Pág. 1 y ss. A favor de la admisión a trámite del concurso se posicionan PULGAR EZQUERRA, J.: “La inexistencia o insuficiencia de masa en sede de declaración del concurso de acreedores” en homenaje a Rafael García Villaverde Tomo III. Barcelona 2007. Pág. 2007-2051. YANES, P. en “La suficiencia de masa como cuestionable presupuesto del concurso. Nota al Auto de la AP Barcelona Sección 15.ª de 22 de febrero de 2007”. Op. Cit. Pág. 175. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. en “La existencia de activo realizable como requisito de procedibilidad en el concurso”. Op. Cit. Pág. 41. NAVARRO LÉRIDA, M.S. en “La inexistencia de bienes y derechos como presupuesto de la conclusión” Op. Cit. Pág. 39. SACRISTÁN BERGIA, F. en “La declaración de la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y sus efectos” en “La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura”, GADEA SOLER, E., NAVARRO LÉRIDA, M.S. y SACRISTÁN BERGIA, F. autores. Monografías de la RcP. La Ley nº 11/2009. Getafe, 2010. Pág. 97.

²¹³ Así, el artículo 1 establece que: “1. La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica. 2. El concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente. 3. No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público”. Por su parte el artículo 2 establece que: “1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. 2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”.

como vimos, un tercer presupuesto que es la pluralidad de acreedores²¹⁴. Sin embargo, la insuficiencia patrimonial no aparece entre los presupuestos exigibles para poder declarar el concurso²¹⁵. A pesar de ello, existen diversas resoluciones judiciales que han considerado que la insuficiencia de masa impide la declaración del concurso²¹⁶.

²¹⁴ La pluralidad de acreedores no aparece expresamente indicada en la Ley concursal, sin embargo ha sido aceptada por doctrina y jurisprudencia, al entender que se deduce de los propios términos de la Ley. De este modo, el artículo 2 de la Ley concursal se refiere al deudor común, como deudor a varios, la propia palabra concurso hace referencia a concurrencia, así se indica en la propia exposición de motivos de la Ley. Por otra parte, el concurso tiene sentido cuando convergen varios créditos sobre un mismo patrimonio, en otro caso se puede acudir a la ejecución singular prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido se han pronunciado los autos de los Juzgados de lo Mercantil de 3 de diciembre de 2004 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao; 16 de diciembre de 2004 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid; 11 de mayo de 2005 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao o auto de 11 de enero de 2.006 del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid. Así lo entienden, entre otros, OLIVENCIA RUIZ, M.: “La declaración de Concurso”, en “La Nueva Ley Concursal”. OLIVENCIA RUIZ, M., director. Estudios de Derecho Judicial nº 59. Madrid, 2005. Pág. 42 y ss. y PULGAR EZQUERRA, J., en “El concurso de acreedores. La declaración”. Op. cit. Pág. 195 y ss. En contra, sin embargo, parece posicionarse BELTRÁN, E. en “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, en La liquidación de las sociedades mercantiles, ROJO, A. y BELTRÁN, E. Directores. Valencia, 2011. Pág. 419, al afirmar que: “La pluralidad de acreedores, derivada de la naturaleza misma del concurso, traducida en la exigencia legal de que el concursado sea un deudor común (art. 2.1) y expresada de forma indirecta al regular los deberes del Ministerio Fiscal (art. 4-I), no es presupuesto de la declaración de concurso, de modo que, aunque exista un solo acreedor, el juez deberá declarar el concurso, salvo en aquellos supuestos, ciertamente excepcionales, en que pudiera resultar manifiesta la inexistencia de otros acreedores resultantes incluso del propio procedimiento (fundamentalmente, por el ejercicio de acciones de reintegración)”. En esta línea contraria a considerar la pluralidad de acreedores como presupuesto del concurso se sitúa la resolución de la DGRN de 2 de julio de 2012, si bien sobre la base de considerar el concurso de acreedores como un instrumento de extinción de sociedades en caso de inexistencia de haber social con el que satisfacer a los acreedores, solución de la que discrepa YANES YANES, P., en “Liquidación societaria. Acreedores insatisfechos por carencia de activo y obligatoriedad de concurso de acreedores. (Un comentario a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de julio de 2012)”. RcP. La Ley, nº 18/2013. Pág. 231 y ss., donde realiza un comentario crítico de la citada resolución.

²¹⁵ Con ello la norma española se aparta de la previsión del art. 30 del Reglamento CE 1346/2000, de 29 de mayo, sobre Procedimientos de Insolvencia, que abre la posibilidad de que el Estado miembro exija al solicitante un activo suficiente para cubrir total o parcialmente los gastos y costas del procedimiento. En cualquier caso, si se hubieran seguido las recomendaciones de las reglas la Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia (UNCITRAL), se debería, ya en la redacción originaria de la Ley, haber hecho referencia al tratamiento que debía darse a los concurso sin masa. Así la recomendación 26 de las citadas reglas establece que: *“El régimen de la insolvencia debería prever el tratamiento de los deudores cuyos bienes y cuyas fuentes de ingresos sean insuficientes para sufragar las costas procesales que se deriven de la administración del procedimiento de insolvencia. A este respecto cabe prever varios criterios, a saber: a) La desestimación de la solicitud, salvo cuando el deudor sea una persona física que pudiera tener derecho a liberación; o b) La apertura de un procedimiento, cuando existan distintos mecanismos para nombrar y remunerar al representante de la insolvencia”*.

²¹⁶ Así, el auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 4 de marzo de 2.008 afirma que: *“Sin embargo no puede obviarse que ni la solicitud de declaración de concurso ni el acceso al proceso son fines por sí mismos. La Ley Concursal no persigue que el deudor concursado se*

Debe indicarse que a diferencia de la masa pasiva, que queda delimitada por los créditos existentes en el momento de la declaración de concurso, la masa activa, por exigirlo el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC, está integrada, como venimos diciendo, no solo por los bienes y derechos del deudor en el momento de la declaración del concurso, sino por cualesquiera otros que adquiera o se reintegren durante la tramitación del procedimiento, tal y como indica el artículo 76 LC, lo que se compadece mal, con la exigencia de un patrimonio mínimo para declarar el concurso, pues la Ley contempla la posibilidad de que se alleguen bienes a la masa durante la tramitación del proceso. Puesto esto en relación con el artículo 403.1 LECiv, aplicable supletoriamente al concurso de acuerdo con la Disp. Final 5ª LC, que establece que *“las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley”*, ello no debería conducirnos al archivo de la solicitud e imposibilita la inadmisión de la solicitud en base a un requisito no exigido legalmente²¹⁷. Por otra parte, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y acceso al proceso regulado en el

declare en concurso, ni que se tramite el proceso. Lo que permite la norma, a través del procedimiento que pone en marcha, es que aprovechándose de los beneficios que otorga el procedimiento concursal, se alcance un acuerdo con los acreedores que permita superar la insolvencia o se proceda a la liquidación ordenada, sin el caos y las prioridades que ocasionaría la concurrencia de varias ejecuciones singulares sobre los distintos activos del patrimonio del deudor. Ninguna de esas finalidades puede cumplirse, de modo que sí, se declararía el concurso, pero no habría ni convenio ni liquidación”, afirmandose igualmente que: *“Se designará una administración concursal que no podrá percibir sus honorarios, se abrirán unas expectativas a los acreedores irremediabilmente destinadas al fracaso, se colocará al procedimiento en una tesitura inaceptable ante la imposibilidad de proceder cuando alguna publicación no se verifique, se arriesgará la responsabilidad civil de los administradores concursales que sean designados, y en definitiva, se estarán dilapidando recursos públicos, los que sostienen la administración de justicia, para un fin irrelevante”.* Por su parte el Juzgado Mercantil nº 2 de Barcelona en auto de 30 de enero de 2.006 indicaba que: *“El concurso persigue una doble finalidad; la satisfacción de los acreedores a través de un convenio con el deudor o, de no ser ello posible, la liquidación ordenada del patrimonio. Si no existen bienes ninguna de las dos soluciones que la Ley contempla puede lograrse. La solicitante, en el presente caso, no puede alcanzar acuerdo alguno con sus acreedores para el pago de los créditos -la propia demandante admite que la empresa no es viable- y no hay nada que liquidar. Las acciones de reintegración o la responsabilidad de terceros cumplen una finalidad accesorio o secundaria y, en todo caso, complementaria de alguna de las finalidades primordiales -el convenio o la liquidación.... No parece razonable que el concurso deba admitirse y continuar para perseguir un fin accesorio cuando no puede cumplir la finalidad principal, máxime cuando para la consecución de aquél fin es necesario un mínimo de activo y cuando, en buena medida, puede lograrse mediante otros mecanismos extraconcursales que nuestro Ordenamiento prevé -otras acciones rescisorias o de responsabilidad al amparo de la normativa societaria-“.* En esta misma línea se han pronunciado los autos de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4ª, de 30 de enero de 2006, de la Audiencia Provincial de la Rioja de 6 de julio de 2007 o de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Secc. 1ª, de 12 de julio de 2007, entre otros.

²¹⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 14 de junio de 2.007 que rechaza la suficiencia patrimonial como presupuesto del concurso.

artículo. 24 de la Constitución, puede verse lesionado si se cierra la vía concursal a un acreedor que ha cumplido con todos los requerimientos formales y materiales que la Ley ha establecido a ese efecto, de forma que, incluso acreditando o siendo pacífico el estado de insolvencia del deudor y con una solicitud válida, se le niega el concurso.

Por otra parte, si entendemos que el legislador, no obstante su silencio, también configura la existencia de activo como presupuesto inicial, apoyándose en el artículo 176.1.4º LC en su anterior redacción que lo recogía como causa de conclusión y archivo, primeramente debe remarcarse la dificultad de valorar en ese momento inicial de la solicitud que no existe activo alguno realizable, pues el diagnóstico del Juzgado se sustenta estrictamente en las apreciaciones del acreedor, sin dar oportunidad a la administración concursal de confirmar o no ese extremo²¹⁸. El razonamiento es coherente con la propia finalidad del concurso. Si lo que se pretende es, precisamente, comprobar la existencia o no de bienes del concursado con los que satisfacer a sus acreedores, considerar como presupuesto del concurso, un requisito que debe comprobarse en el seno del procedimiento concursal, constituye una contradicción insalvable, que debe llevar a prescindir de la exigencia de masa como requisito ab initio para la declaración de concurso.

A pesar de ello la inexistencia de bienes no era ajena a la Ley concursal. De hecho, el artículo 176.1.4 LC establecía que se concluirá el concurso: *“En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores”*.

De la redacción del anterior precepto se desprendía que si bien la ley no establece la insuficiencia patrimonial como causa de inadmisión del concurso o presupuesto del mismo, la existencia o inexistencia de patrimonio es un hecho relevante en el devenir del procedimiento concursal, pudiendo determinar en ocasiones el archivo del procedimiento, lo cual tiene su razón de ser en la finalidad primaria del concurso que es lograr un pago ordenado de los

²¹⁸ Esta es la tesis seguida por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, en auto de 14 de junio de 2.007

acreedores. Ahora bien, de la dicción literal del precepto se desprendía un dato claro que avalaba la tesis de que la suficiencia patrimonial no es causa de inadmisión de la solicitud del concurso. Ello es así porque el artículo 176.1.4 se refiere a la conclusión del concurso y en concreto dice *“en cualquier estado del procedimiento”* lo que implicaba necesariamente que el procedimiento concursal se hubiera iniciado y, en consecuencia se hubiera admitido la solicitud de concurso. Pero a su vez planteaba un serio problema, pues la expresión *“en cualquier estado del procedimiento”* pudiera hacer pensar que declarado el concurso y constatado que no existen bienes se podría archivar sin más el procedimiento concursal. El verbo comprobar exige, no obstante, una actividad investigadora tendente a comprobar que, efectivamente, lo afirmado por el deudor es cierto y que no existen bienes, no solo del deudor, sino de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores²¹⁹.

Aunque la Ley concursal no lo indique expresamente podemos afirmar, como hemos adelantado a lo largo del presente trabajo, que la finalidad primordial del concurso es lograr un pago ordenado de los créditos. No obstante y en conexión con ello también otros principios como la protección de los acreedores y su satisfacción efectiva deben ser tenidos en cuenta²²⁰. Precisamente esa satisfacción efectiva hace necesaria la tramitación del concurso pues en caso contrario: *“... es claro que los acreedores quedan apartados de esas posibilidades de cobro que el concurso abre. La Ley concursal ha previsto la administración concursal y le ha dotado de la capacidad de indagar y rescatar bienes y derechos inicialmente no contemplados, lo que puede traducirse en una reintegración de la masa activa. La probable apertura de la liquidación en este tipo de concursos genera la apertura a su vez de la sección de calificación, que puede concluir con una declaración de culpabilidad del concurso y, en su caso, de responsabilidad del administrador de hecho o de derecho de la deudora, lo que permitiría pagar a todos o parte de los acreedores concurrentes, no satisfechos con la liquidación. Y cabe reabrir un concurso cerrado anteriormente por inexistencia de bienes o*

²¹⁹ Así lo entiende PULGAR EZQUERRA, J.: “La inexistencia o insuficiencia de masa en sede de declaración del concurso de acreedores” Op. Cit., Pág. 2007-2051

²²⁰ De esta opinión es NAVARRO LÉRIDA, M.S. en “La inexistencia de bienes y derechos como presupuesto de la conclusión” Op. Cit. Pág. 39.

derechos, a los efectos de liquidar los bienes y derechos que aparecieran con posterioridad (art. 179 LC). Nada de ello es viable de cara a los acreedores si desde el comienzo se deniega la admisión a trámite de la solicitud o se procede a su archivo...”²²¹.

Para lograr esa satisfacción efectiva de los acreedores la Ley concursal establece una serie de actuaciones tendentes, precisamente, a lograr el pago de los créditos del deudor común.

El concurso se inicia a solicitud del deudor, o de los acreedores, debiendo acompañar el deudor con su solicitud los documentos exigidos por el artículo 6 LC, entre los que destacan, además de la memoria explicativa de las causas que han originado su situación, su contabilidad, si está obligado a llevarla, y otros datos relativos a su situación personal, el inventario de sus bienes y una relación de sus acreedores. En caso de concurso necesario, a instancias del acreedor, esos documentos se aportarán una vez declarado el concurso, en virtud del requerimiento previsto en el artículo 21.1.3 LC, si no se hubieran presentado antes. Debe observarse, no obstante, que esos documentos son elaborados por el propio deudor, y en este sentido si manifestara que no tiene bienes o indicara menos bienes de los que tiene, y el Juzgado diera por buena esa manifestación sin comprobación alguna, el deudor obtendría una doble ventaja. Por un lado eludiría el pago de sus créditos y conservaría sus bienes, por otro, habría cumplido formalmente la obligación que le impone el artículo 5.1 LC, eludiendo así las graves consecuencias que se derivan de su incumplimiento²²².

Es por ello que una de los trámites esenciales del procedimiento concursal es, precisamente, la elaboración del informe de la administración concursal previsto en el artículo 76 LC que incluirá un inventario de los bienes del deudor y la lista de sus acreedores, así como, entre otros datos, la

²²¹ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 14 de junio de 2.007, tesis confirmada por el auto de la misma sección de 3 de abril de 2008. En la misma línea de admitir la declaración del concurso a pesar de la inexistencia de masa se posicionan la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3ª, en auto de 15 de julio de 2009 o la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1ª, en auto de 13 de marzo de 2010

²²² Vid. Art. 165.1 LC, respecto a la calificación culpable del concurso o el art. 367 LSC relativos a la responsabilidad de los administradores por deudas sociales por incumplimiento de las obligaciones relativas a la disolución de la sociedad.

exposición motivada de los administradores concursales acerca de la situación patrimonial del deudor y de cuantos datos sean relevantes para la ulterior tramitación del concurso. Se trata, por tanto, de que la administración concursal compruebe cuanto ha manifestado el deudor en los documentos por él presentados, verificando que bienes, derechos y acciones integran su patrimonio y su valor; así como clasificando y graduando los créditos, ordenándolos conforme a las prioridades o preferencias establecidas por el legislador²²³. Todo ello sin perjuicio de su impugnación ante el juez del concurso tal y como se establece en el artículo 96 LC.

En relación a este punto debe destacarse, como se ha adelantado, que, a diferencia de la lista de acreedores, que queda determinada en los textos definitivos regulados en el artículo 96.4 LC, con arreglo a lo que existía en el momento de la declaración del concurso, el inventario de la masa activa tiene un carácter dinámico, derivado del principio de responsabilidad universal del artículo 1911 CC, por lo que nunca puede considerarse definitivo.

Otro de los instrumentos previstos en la Ley concursal para la protección de los intereses del acreedor, vinculado a la formación de la masa activa, es la iniciación de acciones de reintegración, cuya finalidad, tal y como establece el art. 71 LC es rescindir los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta. Dado que el ejercicio de estas acciones se plantea en el ámbito del procedimiento concursal, solo si se incoa el procedimiento, podemos llegar a recuperar dichos bienes, que de otro modo quedarían fuera del patrimonio del deudor, con perjuicio de los acreedores, que verían así insatisfecho su interés.

También la posibilidad de extender a terceros la responsabilidad por deudas en el seno del procedimiento concursal constituye una garantía más del derecho de los acreedores²²⁴. La extensión de responsabilidad se dará, en su

²²³ Para RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. en “La existencia de activo realizable como requisito de procedibilidad en el concurso”. Op. Cit. Pág. 54 la clasificación y priorización de los créditos constituye por sí mismo un mecanismo de protección de los acreedores.

²²⁴ Por el contrario, para BLASCO, F. en “Inexistencia e insuficiencia de activo. El llamado concurso sin masa”. ADCo. Aranzadi, núm. 18/2009. Pág. 182, el ejercicio de acciones

caso, en la sección de calificación del concurso para el caso de que el concurso se califique culpable, es decir cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso (art. 164.1 LC). Así, según el artículo 172.2 LC la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: *“3º La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados”*. Además, tal y como prevé el art. 172 bis: *“Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez podrá condenar a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación a la cobertura, total o parcial, del déficit”*.

La condena a la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa, así como la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa o la indemnización de los daños y perjuicios causados, son efectos de la sentencia que beneficiarán a los acreedores, al ver incrementado de este modo el valor de la masa activa.

Pero uno de los efectos más importantes de la sentencia de calificación, reservado a los casos en que la sección de calificación se forme o se reabra como consecuencia de la apertura de la fase de calificación, es la denominada responsabilidad concursal del art. 172 bis LC. En virtud de esta responsabilidad

rescisorias o de exigencia de responsabilidad de terceros no justificarían la declaración del concurso sin masa, ya que pueden entablarse al margen del procedimiento concursal.

todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación, podrán ser condenados a la cobertura, total o parcial, del déficit, es decir se condena a los administradores afectados por la calificación a cubrir el déficit concursal. Implica una extensión de responsabilidad que opera en el ámbito del concurso calificado culpable, lo que constituye un modo de dar una satisfacción al interés de los acreedores de cobrar su crédito, que solo es posible si se incoa el procedimiento concursal. Esta responsabilidad se ve reforzada, en orden a su efectividad, mediante la posibilidad de adoptar medidas cautelares prevista en el art. 48.ter LC, respecto de los administradores sociales, incluso en el momento inicial del proceso, evitando así que cuando se dicte la sentencia condenatoria no existan bienes sobre los que realizar la traba.

3.- LA CONCLUSIÓN DE LA FASE DE LIQUIDACION

La conclusión del concurso por finalización de la fase de liquidación, no se regulaba expresamente en la redacción originaria de la Ley Concursal. La conclusión por esta causa debía reconducirse a la prevista en el nº 3 del art. 176, es decir, cuando como consecuencia de la liquidación se haya pagado a todos los acreedores; o la del nº 4, cuando se hayan realizado todas las operaciones liquidatorias y no resten bienes con los que satisfacer a los acreedores. En este caso la conclusión del concurso comporta la subsistencia de pasivo insatisfecho.

La reforma, sin embargo, sí que se ocupa, acertadamente, de esta cuestión y desvincula la conclusión de la liquidación, de la conclusión por inexistencia de masa, si bien anuda las consecuencias de ésta última con las de la conclusión de la liquidación con pasivo insatisfecho.

Según la nueva redacción del art. 152.2 concluida la liquidación de los bienes y derechos del concursado y la tramitación de la sección de calificación, la administración concursal presentará al Juez del concurso un informe final

justificativo de las operaciones realizadas y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas ni otros bienes o derechos del concursado. Lógicamente el resultado de la liquidación puede llevar aparejado el íntegro pago de los créditos, lo que se acomoda a la finalidad del concurso, logrando así, a través de la solución liquidativa, la íntegra satisfacción de los acreedores²²⁵. No debe olvidarse que dentro de las operaciones de liquidación se incluyen también disposiciones relativas al pago de los créditos (arts. 154-162 LC) por lo que el pago es objeto de la fase de liquidación y la conclusión de esta fase puede comportar el pago íntegro de los acreedores si hay bienes suficientes para, con su producto, satisfacer la totalidad de los créditos. Pero es posible y será lo más frecuente, que el valor de los bienes del deudor no alcance para pagar a todos los acreedores. En este caso, tal y como establece el nuevo art. 152.2 LC, no impedirá la conclusión que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal. La referencia a los bienes inembargables, regulados en los arts. 605, 606 y 607 LECiv, no aporta nada nuevo, pues los mismos no se integran en la masa activa, al estar excluidos en virtud de lo establecido en el art. 76.2 LC, por lo que no pueden ser objeto de liquidación. Sin embargo, la referencia a los bienes desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sea manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal, sí que revista gran utilidad, pues soluciona el problema que surgía cuando los bienes a liquidar apenas tenían valor y, sin embargo, a salvo la aplicación analógica del art. 643. LECiv, que regula un supuesto similar relativo a la subasta de bienes muebles de escaso valor, debía continuarse con la liquidación que generaba, normalmente, un coste mayor que el previsiblemente se pudiera obtener.

²²⁵ En este sentido PULGAR EZQUERRA, J.: "Extinción y cancelación de sociedades de capital sin activo". RdS, Aranzadi nº 41/2013, en prensa. En contra VALPUESTA GASTAMINZA, E. en "Conclusión y reapertura del concurso". Op. Cit. Pág. 609 para quien no sería un supuesto de conclusión de la liquidación sino de satisfacción íntegra de los acreedores.

En cualquier caso el informe incluirá una completa rendición de cuentas, conforme a lo dispuesto en la ley. Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase oposición a la conclusión del concurso, se le dará la tramitación del incidente concursal. En caso contrario, el Juez dictará auto declarando la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación.

La conclusión de la liquidación a que se refiere el art. 176.1.2 LC constituye, por tanto, una causa autónoma de conclusión del concurso, que se identifica con la realización de una de las vías solutorias contempladas en la Ley Concursal: la liquidación. La liquidación comprende, como hemos visto, dos fases: la de realización de operaciones de liquidación, dirigida a la realización de los bienes que integran la masa activa y su conversión en dinero y la de pago de los créditos. La conclusión de la liquidación comprende ambas, siendo posible que el pago resultante alcance a todos los créditos contra la masa y concursales, alcanzando el concurso así su finalidad primaria, con lo que el deudor tras la conclusión quedará liberado de sus obligaciones al haber visto los acreedores satisfechos la totalidad de sus créditos; o, lo que será más frecuente, que no se paguen todos los créditos, produciéndose los efectos de la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho.

4.- LAS PARTICULARIDADES DE LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO POR INSUFICIENCIA DE MASA ACTIVA

Tras la reforma llevada a cabo por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal se regula con especial detalle la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, superando la previsión de la redacción originaria de la Ley 22/2003 que solo contemplaba en el art. 176.1.4 como causa de conclusión la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores. Con la redacción actual no se exige una inexistencia de bienes, sino que basta la insuficiencia de bienes, concepto que engloba la mera inexistencia, si bien referido no al pago de los créditos concursales, sino al pago de los créditos contra la masa. Así, la reforma incorpora un nuevo

artículo 176 bis, relativo a las especialidades de la conclusión por insuficiencia de masa activa.

Dispone el nuevo art. 176 bis que: *“1. Desde la declaración del concurso procederá la conclusión por insuficiencia de la masa activa cuando, no siendo previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable, el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el Juez considere que estas cantidades estén garantizadas por un tercero de manera suficiente.*

No podrá dictarse auto de conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa.

2. Tan pronto como conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la administración concursal lo comunicará al Juez del concurso, que lo pondrá de manifiesto en la Oficina judicial a las partes personadas.

Desde ese momento, la administración concursal deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme al orden siguiente, y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación:

1. ° Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

2. ° Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.

3. ° Los créditos por alimentos del apartado 2 del artículo 145, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.

4. ° Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso.

5. ° Los demás créditos contra la masa.

3. Una vez distribuida la masa activa, la administración concursal presentará al Juez del concurso un informe justificativo que afirmará y razonará inexcusablemente que el concurso no será calificado como culpable y que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas o bien que lo que se pudiera obtener de las correspondientes acciones no sería suficiente para el pago de los créditos contra la masa. No impedirá la declaración de insuficiencia de masa activa que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal.

El informe se pondrá de manifiesto en la Oficina judicial por quince días a todas las partes personadas.

La conclusión por insuficiencia de masa se acordará por auto. Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase oposición a la conclusión del concurso, se le dará la tramitación del incidente concursal.

4. También podrá acordarse la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración de concurso cuando el Juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros.

Contra este auto podrá interponerse recurso de apelación.

5. Hasta la fecha en que se dicte el auto de conclusión del concurso, los acreedores y cualquier otro legitimado podrán solicitar la reanudación del concurso siempre que justifiquen indicios suficientes para considerar que pueden ejercitarse acciones de reintegración o aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso culpable y que justifiquen el depósito o consignación ante el juzgado de una cantidad

suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa previsible. El depósito o consignación podrá hacerse también mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o cualquier otro medio que, a juicio del Tribunal, garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad.

El Secretario admitirá a trámite la solicitud si cumplen las condiciones de tiempo y contenido establecidas en esta ley. Si entiende que no concurren las condiciones o que no se han subsanado, el Secretario dará cuenta al Juez para que dicte auto aceptando o denegando la solicitud. Reanudado el concurso, el instante estará legitimado para el ejercicio de la acción de reintegración o de impugnación, estando en cuanto a las costas y gastos a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 54”.

4.1.- Concurso sin masa y costes del concurso

La Ley concursal ha optado, finalmente, por incluir una regulación específica del concurso sin masa que concilie la necesidad de satisfacer los intereses de los acreedores y la propia finalidad del concurso con la posibilidad de asumir los gastos que el concurso genera. Si no existe posibilidad de asumir esos gastos y tampoco es viable el ejercicio de acciones de cualquier género que supongan un incremento del valor de la masa activa el concurso declarado debe ser concluido en cualquier momento del procedimiento, incluso inmediatamente después de su declaración y en la misma resolución.

Uno de los mayores problemas que se plantean a la hora de iniciar un procedimiento concursal es el relativo a sus costes. El concurso genera una serie de gastos de no escasa cuantía. En este aspecto, tuvo una incidencia decisiva el Real Decreto Ley 3/2009 de 27 de Marzo de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, que ha reducido de modo importante los gastos relativos a la

declaración de concurso²²⁶. Así, aunque la solicitud debe formularse con abogado y procurador, se ha modificado el régimen de publicidad, de modo que ya no es necesaria la publicación de edictos en un diario de gran difusión del domicilio del concursado, siendo suficiente la publicación en el BOE, que además será gratuita, según la nueva redacción del artículo 23.1 de la Ley concursal. Además la remisión de los edictos al BOE, así como la anotación del concurso en registros públicos se realizará preferentemente por el Juzgado telemáticamente, eliminando así los gastos de procurador. Se crea, igualmente, un Registro Público Concursal, accesible de modo gratuito a través de Internet, en el que se publicarán la declaración de concurso, las resoluciones que deban ser publicadas por edictos y las previstas en el artículo 198 de la Ley concursal.

4.1.1.- Abogado, procurador y administrador concursal

En el caso de los gastos de abogado y procurador, si no procede el derecho a la asistencia jurídica gratuita, que solo se dará en el caso de personas físicas, cabe la posibilidad de su anticipo con posibilidad de resarcirse con cargo a la masa. Esta posibilidad no está expresamente prevista en nuestro ordenamiento, aunque si se contempla, por ejemplo, en el art. 26 de la InSo alemana. Podría entenderse que en estos supuestos el solicitante del concurso, ya sea el deudor u otro sujeto legitimado, lo hace a su costa en interés de la masa, adelantando el pago de las costas y gastos judiciales ocasionados con la declaración del procedimiento y, teniendo derecho a su reembolso con cargo a la masa activa cuando su incremento a través de las acciones de reintegración o de actualización de obligaciones sociales vía art. 48.bis 2 LC tenga éxito, asumiendo de otro modo el solicitante la pérdida de dicho adelanto, de modo un tanto análogo a la previsión del artículo 54.4 LC²²⁷,

²²⁶ Así lo destaca RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. en “La existencia de activo realizable como requisito de procedibilidad en el concurso”. Op. Cit. Pág. 57.

²²⁷ Dispone el citado precepto que: “Los acreedores que hayan instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de una acción del concursado de carácter patrimonial, señalando las pretensiones concretas en que consista y su fundamentación jurídica, estarán legitimados para ejercitarla si ni el concursado, en su caso, ni la administración concursal lo

lo que paliaría en alguna medida el problema que la asunción de esos costes plantea²²⁸. No obstante la solución no está exenta de dificultades, en el caso de que no tengan éxito las acciones de incremento del activo vía reintegración o actualización de aportaciones sociales diferidas o prestaciones accesorias y no pueda el solicitante ser reembolsado, puesto que en este caso la posibilidad de intentar resarcirse con cargo a la responsabilidad prevista para los administradores en el antiguo artículo 172.3 LC, o de los socios en el antiguo artículo 48.5, actual art. 48 bis 1, se ve limitada por el tenor literal de dichos preceptos que parece limitarla al pago de los créditos concursales, es decir aquellos nacidos antes de la declaración del concurso, entre lo que no se encuentran los generados por éste²²⁹. La polémica se zanja, no obstante, tras la reforma aparejada por la Ley 38/2011, ya que según la redacción del nuevo art. 172 bis 3, las cantidades que se obtengan se integrarán en la masa activa del concurso.

Otro gasto necesario e imputable a la masa del concurso es la retribución de la administración concursal. En relación a ésta la solución debe ser distinta, pues dada su condición de órgano auxiliar del juez debe ser imparcial, por lo que no parece oportuno que su retribución sea adelantada por parte alguna del procedimiento, sea el deudor o algún acreedor. El problema es que el hecho cierto de no poder cobrar su retribución puede convertirse en un elemento desmotivador de su aceptación y de su actuación ulterior a lo largo del procedimiento. Ciertamente la ausencia de masa y el hecho de no poder cobrar los honorarios, no es motivo justificado para no aceptar el cargo o para renunciar a él. El RDL 3/2009 de 27 de marzo aporta, en relación a este punto,

hiciesen dentro de los dos meses siguientes al requerimiento. En ejercicio de esta acción subsidiaria, los acreedores litigarán a su costa en interés de la masa. En caso de que la demanda fuese total o parcialmente estimada, tendrán derecho a reembolsarse con cargo a la masa activa de los gastos y costas en que hubieran incurrido, hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia, una vez que ésta sea firme”.

²²⁸ Así lo entiende PULGAR EZQUERRA, J. en: “La inexistencia o insuficiencia de masa en sede de declaración del concurso de acreedores”. Op. Cit. Pág. 2040.

²²⁹ No obstante, en relación a la previsión del antiguo artículo 48.5 debe indicarse que el fundamento de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales se sitúa en el tipo social elegido por las partes y en tanto en cuanto los gastos del procedimiento constituyen deudas de la sociedad concursada, dada la ausencia de personificación de la masa activa, de ellos deberían responder los socios también si la masa es insuficiente o inexistente y no se consigue incrementar o completar con éxito, así lo afirma PULGAR EZQUERRA, J. en: “La inexistencia o insuficiencia de masa en sede de declaración del concurso de acreedores”. Op. Cit. Pág. 2043.

una solución: la creación de un fondo de garantía arancelaria, para garantizar el principio de efectividad de la retribución que se consagra en la nueva redacción del artículo 34.2 LC. Este fondo se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales que se fijará reglamentariamente sobre un porcentaje a aplicar sobre los honorarios que efectivamente perciban, lamentablemente ese fondo todavía no se encuentra en funcionamiento. También en estos casos de insuficiencia de masa podría haberse adoptado una solución parecida a la de algunas legislaciones de nuestro entorno, caso del art. 63.2 de la InSo alemana²³⁰ o del derecho italiano por vía de la interpretación doctrinal del art. 146 del Decreto de 30 de mayo de 2002 sobre disposiciones legislativas y reglamentarias en materia de gastos de justicia, que reconocen un derecho de crédito del administrador concursal frente a la Administración competente.

4.1.2.- Tasas judiciales

En este ámbito debe destacarse la aprobación de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, que entró en vigor el pasado día 22 de noviembre de 2012. Al margen de la polémica referida surgida en torno a la conveniencia o no de la aplicación generalizada de tal figura y su incidencia en el derecho a la tutela judicial efectiva, lo cierto es que la Ley incide de modo importante en los procesos concursales. De un lado, facilita el acceso al mismo al deudor, no al acreedor que sigue obligado a pagar la tasa; de otro lo encarece al exigir tasa para la incoación de cualquier incidente concursal.

Así, la Ley en su art. 4.1.c) declara exenta de tasa la solicitud de concurso voluntario por el deudor. Hasta ahora la persona jurídica que, como deudora, solicitaba la declaración de concurso voluntario, venía obligada a

²³⁰ En la misma línea se sitúa el art. 32.2 del Código da Insolvência e da recuperação de empresas portugués que prevé que la retribución y los reembolsos de los gastos de la administración concursal, si la masa es insuficiente para cubrir esos gastos, correrá a cargo de la Caja General de Tribunales.

liquidar la tasa. En muchos casos la solicitante ignoraba tal obligación y no la presentaba por lo que era requerida a tal fin, lo que retrasaba la eventual declaración de concurso. Por otra parte, la práctica totalidad de las solicitudes estaban exentas de pagar la tasa, por lo que se convertía en un trámite inútil. La nueva regulación se coherente mejor con la finalidad del concurso. Si una empresa está en una situación de insolvencia no parece razonable que se le exija una tasa, cuando existe una obligación legal de solicitar la declaración de concurso ex art. 5 de la Ley Concursal. De este modo se equipara, de alguna manera, a las personas jurídicas insolventes con las personas físicas que gozan del beneficio de justicia gratuita y también están exentas de la obligación de pagar la tasa en cualquier actuación procesal. Por tanto, con la regulación actual, ni la persona jurídica, ni la persona física vienen obligadas a abonar tasa por la solicitud de concurso voluntario.

Por el contrario, en el caso de la solicitud de concurso necesario por el acreedor u otro legitimado sí que se mantiene la obligación de pagar la tasa, tal y como prevé el art. 5.1.d) de la Ley 10/2012. Lógicamente, en este supuesto no existe justificación para dar un trato distinto a acreedores y otros legitimados para solicitar el concurso, salvo que estén exentos por razones subjetivas, previstas en el art. 4.2, respecto de otros justiciables.

La Ley 10/2012 introduce otra novedad importante. La interposición de demanda incidental en el proceso concursal genera la obligación de pagar tasa tal y como establece el art. 5.1.e) de la Ley 10/2012. Seguramente, el control por el secretario de la presentación de la tasa, dado el elevado número de incidentes que se plantean en los concursos, retrasará la tramitación de los asuntos, dando lugar a numerosos requerimientos. No parece que de esa obligación quede excluido el deudor, quien solo lo está para la petición inicial de declaración de concurso voluntario; el problema es que tampoco parecía que quedara excluido el administrador concursal de esta obligación, pues su cargo es difícilmente subsumible en ninguno de los supuestos de exclusión del art. 4.2 de la Ley 10/2012.

Es por ello que se ha aprobado el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la

Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita²³¹. En el mismo se modifica el art. 4.1 de la Ley, relativo a la exención de la obligación de pagar la tasa, añadiendo el apartado h) *“Las acciones que, en interés de la masa del concurso y previa autorización del Juez de lo Mercantil, se interpongan por los administradores concursales”*, lo que de algún modo soluciona el problema planteado, si bien solo para los casos en los que el Juez del concurso haya autorizado al administrador concursal a ejercitar la acción en interés de la masa.

En los casos en los que no proceda la exoneración del pago de la tasa por no haberse solicitado o no haberse concedido la autorización judicial, surge una nueva obligación, que debe considerarse un crédito contra la masa de los previstos en el art. 84.2.2 LC, que va a suponer un incremento de coste de los concursos que desincentivará a las partes, sobre todos a los administradores concursales, cuando en la masa no haya fondos suficientes para afrontarla, lo que, en algunos casos, motivará que no se inicien por la administración concursal determinadas acciones de reintegración o de responsabilidad de terceros que, al menos inicialmente, deberían asumir de su propio peculio²³².

Debe indicarse, igualmente, que dado que los incidentes concursales en la mayoría de los casos deben presentarse en un plazo perentorio, es posible que la omisión de la presentación de modelo de autoliquidación de la tasa, a pesar del requerimiento para subsanación, implique la presentación extemporánea y la inadmisión del incidente ya que el art. 8.2 de la Ley de Tasas establece que: *“El justificante del pago de la tasa con arreglo al modelo oficial, debidamente validado, acompañará a todo escrito procesal mediante el que se realice el hecho imponible de este tributo.*

²³¹ Me he ocupado con anterioridad del tema en SENENT MARTÍNEZ, S., “Tasas judiciales y sistema de asistencia gratuita ex RDL 3/2013 de 22 de febrero”. RcP. La Ley nº 19/2013. Pág.403 y ss.

²³² Los arts. 6 y 7 de la Ley de Tasas, establecen la base imponible y el cálculo de la cuota tributaria. El criterio es el tipo de procedimiento y su cuantía. Para un incidente concursal existe una cuota fija de 100 euros y una cuota variable que se calcula sobre el importe del procedimiento. Así hasta 1.000.000 euros el porcentaje a aplicar es del 0,5% el resto se calcula aplicando un 0,25%, con un límite de 10.000 euros. De este modo un incidente en que se pretenda reintegrar una cantidad equivalente a 100.000 euros devengaría una tasa de 600 euros; en caso de que fuera de 500.000 euros la tasa ascendería a 2.600 euros.

En caso de que no se acompañase dicho justificante, el Secretario judicial requerirá al sujeto pasivo para que lo aporte, no dando curso al escrito hasta que tal omisión fuese subsanada. La falta de presentación del justificante de autoliquidación no impedirá la aplicación de los plazos establecidos en la legislación procesal, de manera que la ausencia de subsanación de tal deficiencia, tras el requerimiento del Secretario judicial a que se refiere el precepto, dará lugar a la preclusión del acto procesal y a la consiguiente continuación o finalización del procedimiento, según proceda”.

4.2.- Conclusión de oficio y conclusión a instancias de la administración concursal

La Ley Concursal asume la tesis de la necesidad de declarar el concurso aun cuando conste desde el inicio la inexistencia o insuficiencia de bienes suficientes para sufragar los propios gastos del procedimiento. Sin embargo, distingue entre los supuestos en que dicha insuficiencia es patente desde el mismo momento de la solicitud y aquella que acontece cuando el concurso ya se está tramitando. En el primer caso corresponde al juez valorar tal circunstancia y previa declaración del concurso acordar en el mismo auto su conclusión cuando aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros, lo cual no siempre será fácil de apreciar en ese momento inicial del procedimiento, en el que los datos suelen ser escasos, sobre todo en el caso de sociedades, siendo más previsible que ese tipo de resoluciones se dicten en el caso de concursos de personas físicas.

No queda claro como se concilia tal posibilidad con la previsión del apartado 5 del nuevo art. 176 bis, pues los acreedores y cualquier otro legitimado podrán solicitar la reanudación del concurso siempre que justifiquen indicios suficientes para considerar que pueden ejercitarse acciones de reintegración o aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir

a la calificación de concurso culpable y que justifiquen el depósito o consignación ante el juzgado de una cantidad suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa previsible. Esta facultad que exige el anticipo o garantía del pago de los créditos contra la masa previsible, en línea con lo establecido en el art. 26 de la InsO alemana, debe ejercitarse antes de la conclusión del concurso, dado que en el caso del apartado 4 del art. 176 bis, la conclusión se acuerda en el propio auto de declaración del concurso, parece exigible un trámite previo de audiencia a las partes personadas a fin de que puedan alegar tal posibilidad.

En caso de que la insuficiencia de bienes acaezca o se compruebe durante la tramitación del concurso ya declarado, la legitimación para hacer constar tal circunstancia se atribuye a la administración concursal, tal y como establece el art. 176 bis 2, mediante informe razonado. Previa audiencia de las partes personadas el Juez acordará lo oportuno, tramitándose incidente concursal en caso de oposición a la conclusión del concurso. La posibilidad de acordar la conclusión del concurso se vincula al hecho de que no se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa. La decisión puede adoptarse en cualquier momento desde la declaración del concurso, siempre que se aprecie tal circunstancia y el abono de los créditos contra la masa, no quede debidamente garantizado por un tercero, tal y como establece el art. 176 bis 1.

Hasta que el Juez adopte la decisión sobre la conclusión del concurso la administración concursal asume la obligación de proceder al pago de los créditos contra la masa por el orden establecido en el art. 176 bis 2.

En cualquier caso, la posibilidad de declarar la conclusión del procedimiento por insuficiencia de masa se vincula, tanto en el caso de que se acuerde por el juez en el mismo auto de declaración, como en el caso de que lo haga a instancias de la administración concursal durante el procedimiento, a la insuficiencia de bienes para satisfacer los créditos de la masa. Sin embargo, no

impedirá la declaración de insuficiencia de masa activa que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables, lo que es razonable pues no integran la masa activa, según el art. 76.2 LC, o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal, por el mismo fundamento por el que no impedía tal circunstancia la conclusión de la fase de liquidación. En caso de que si existan bienes suficientes para cubrir dichos créditos, pero no bastantes para pagar la totalidad de los créditos concursales debe continuar el concurso y en caso de apertura de la fase de liquidación se estará a lo establecido en el art. 152.2 LC.

La conclusión de concurso por insuficiencia de masa constituye, como vimos, una novedad introducida en la Ley Concursal por la reforma llevada a cabo por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Se regula en el art. 176 bis y a la misma se puede llegar por dos vías distintas. La primera de oficio en el propio auto de declaración de concurso. La segunda a instancias de la administración concursal que emitirá un informe en ese sentido, resolviendo el juez del concurso lo oportuno previa audiencia de las partes.

Así, según el apartado 4 del art. 176 bis LC, también podrá acordarse la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración de concurso cuando el Juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros. Aunque el apartado 4º no haga referencia expresa, también deberán concurrir los demás requisitos del art. 176 bis 1, es decir que no sea previsible la calificación del concurso como culpable y que las cantidades necesarias para satisfacer los créditos contra la masa que presumiblemente se generen no estén garantizadas por un tercero de manera suficiente. No parece que la resolución quede excluida del régimen de publicidad establecido para la declaración del concurso y su conclusión; sin embargo, no procederá el nombramiento de administrador concursal, pues el concurso, en realidad, no llega a tramitarse ni a producir efecto alguno.

La idea del legislador es que se concluya el concurso inmediatamente después de su declaración, cuando no existan bienes suficientes para cubrir los gastos que el concurso va a generar, pero estableciendo una serie de garantías a fin de salvaguardar el interés de los acreedores y la propia finalidad del concurso, atribuyéndose esas garantías al juez del concurso, que deberá verificar que concurren todos los requisitos para acordar la conclusión. Precisamente, como ya vimos, tal cúmulo de requisitos convierte en poco operativa la previsión de dicho precepto, pues es difícil que el juez del concurso, salvo tal vez en algún caso de concurso de persona física, en un momento inicial del procedimiento pueda valorar todas esas circunstancias, sin más datos que los aportados, normalmente, por el propio deudor.

Por otra parte, como ya indicábamos anteriormente, aunque el art. 176 bis 4 LC contempla la posibilidad de interponer recurso de apelación contra esta resolución, en línea con lo dispuesto en el art. 20.2 LC que lo prevé para el auto de declaración de concurso, hubiera sido conveniente regular un trámite de audiencia previa a los acreedores personados a fin de conciliar tal resolución con la reanudación del concurso a la que alude el apartado 5 del art. 176 bis, a la que posteriormente nos referiremos.

La insuficiencia de masa puede constatarse o producirse con posterioridad a la declaración del concurso y en cualquier momento de su tramitación. En estos casos se establece en el art. 176 bis 2 LC que tan pronto como conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la administración concursal lo comunicará al Juez del concurso, que lo pondrá de manifiesto en la Oficina judicial a las partes personadas.

La administración concursal deberá proceder entonces a pagar los créditos contra la masa conforme al orden establecido en el propio precepto, y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación. No se entiende muy bien a qué se refiere la norma al hablar de los créditos imprescindibles para la liquidación, pues si el concurso estuviera en la fase de liquidación, el trámite sería el del art. 152 y no éste. Tal vez se refiera a los gastos de realización de los escasos bienes que pueden existir en el patrimonio del deudor y que deban convertirse

en dinero para pagar determinados gastos del concurso antes de su conclusión definitiva.

El orden de los pagos de los créditos contra la masa será el siguiente:

1º. Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

2. º Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.

3. º Los créditos por alimentos del apartado 2 del artículo 145, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.

4. º Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso.

5. º Los demás créditos contra la masa.

Tras la distribución de la masa activa, es cuando la administración concursal presentará al Juez del concurso un informe justificativo que afirmará y razonará inexcusablemente que el concurso no será calificado como culpable y que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas o bien que lo que se pudiera obtener de las correspondientes acciones no sería suficiente para el pago de los créditos contra la masa. Al igual que en el caso de la conclusión de la fase de liquidación, no impedirá la declaración de insuficiencia de masa activa que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal.

El informe se pondrá de manifiesto en la Oficina judicial por quince días a todas las partes personadas. Surge aquí la duda relativa a si es necesario dar traslado al Ministerio Fiscal del informe si se emite antes de la apertura de la sección sexta de calificación. Según el art. 184.1 LC el Ministerio Fiscal es parte sin necesidad de comparecencia en forma en la sección sexta, no siéndolo, a sensu contrario, en las demás secciones salvo que se persone. Si todavía no se ha formado la sección sexta, una interpretación literal del

precepto eximiría de la obligación de dar traslado al Ministerio Fiscal. Sin embargo, no debe olvidarse que el informe de la administración concursal versa, entre otros, sobre un aspecto como es la calificación del concurso, sobre el que también debe informar el Ministerio Fiscal, tal y como establece el art. 169.2 LC, pues en la sección de calificación subyace un interés público. No dar traslado al Ministerio fiscal del informe de la administración concursal supondría burlar los mecanismos de control previsto legalmente y podría facilitar un cierre en falso del concurso. A fin de evitar posibles comportamientos fraudulentos parece razonable dar traslado en todo caso del informe al Ministerio Fiscal a fin de que muestre su conformidad o disconformidad con lo expresado por la administración concursal.

La conclusión por insuficiencia de masa se acordará por auto; no obstante, si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase oposición a la conclusión del concurso, se le dará la tramitación del incidente concursal. El régimen de recursos y publicidad será el del art. 177 LC.

Aunque la Ley concursal en su art. 176 bis 5 habla de la reanudación del concurso, la facultad a la que alude no implica una auténtica reanudación, pues el concurso todavía no ha concluido. En efecto, según dispone, el citado precepto, al que ya aludimos anteriormente, hasta la fecha en que se dicte el auto de conclusión del concurso, por tanto antes de su conclusión, los acreedores y cualquier otro legitimado, aunque la Ley no lo dice expresamente se entiende que legitimado para solicitar la declaración de concurso, podrán solicitar la reanudación del concurso siempre que justifiquen indicios suficientes para considerar que pueden ejercitarse acciones de reintegración o aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso culpable y que justifiquen el depósito o consignación ante el juzgado de una cantidad suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa previsibles.

La insuficiencia de masa no se erige, por tanto, en un obstáculo absoluto para la continuación del concurso, sino que el legislador permite al acreedor que considere que existen datos suficientes para iniciar una acción de reintegración o calificar el concurso como culpable, solicitar la continuación,

eso sí, asumiendo él mismo esos gastos, con un criterio inspirado en el art. 26 de la InSo y equiparable, de algún modo al supuesto del art. 54.4 LC, al que el mismo precepto alude. El depósito o consignación podrá hacerse también mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o cualquier otro medio que, a juicio del Tribunal, garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad.

El Secretario si cumplen las condiciones de tiempo y contenido establecidas en la norma admitirá a trámite la solicitud. En otro caso dará cuenta al Juez para que dicte auto aceptando o denegando la solicitud.

La reanudación legitima al instante para el ejercicio de la acción de reintegración o de impugnación, estando en cuanto a las costas y gastos a lo dispuesto en el apartado 4 del art. 54 LC, es decir litiga a su costa en interés de la masa, resarciéndose de sus gastos hasta el límite de lo obtenido. Olvida, no obstante, el precepto que la reanudación también puede tener por objeto aportar datos que permitan calificar el concurso como culpable. El art. 176 bis 5 no regula un trámite específico para este supuesto. Lo razonable es que se formara la sección de calificación, por analogía con lo establecido en el art. 168 LC y se emitiera el informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal. En cualquier caso la eficacia de la previsión legislativa se ve muy limitada por la escasa posibilidad de actuación que en la sección de calificación concede la Ley a los acreedores u otros interesados, al no haberse modificado el art. 170.1 LC y no poderse continuar las actuaciones si el Fiscal y la administración concursal, únicos legitimados a tal fin, coinciden en calificar como fortuito el concurso²³³.

²³³ Sin embargo, para GARCIA-CRUCES, J.A. en “Comentario al art. 170” en Comentario de la Ley Concursal. ROJO, A. y BELTRÁN, E. coord. Madrid, 2004. Tomo II. Pág. 2566, el archivo de la sección sexta de calificación solo sería posible si no hay partes personadas conforme al art. 168, para el citado autor esta solución respeta la finalidad de la norma y evita la indefensión de quienes intentan hacer valer su pretensión en trámite de calificación.

5.- EFECTOS DE LA CONCLUSIÓN DE CONCURSO CON PASIVO INSATISFECHO

5.1.- Los efectos de la conclusión del concurso

El art. 178 LC regula los efectos que produce la conclusión del concurso, que se analizan en orden a determinar si esta causa de conclusión deja subsistente la responsabilidad patrimonial universal del deudor o si conlleva algún mecanismo exoneratorio, lo que se puede adelantar acontece respecto de la persona jurídica, que se extingue con la conclusión, pero no respecto de la persona física.

El primero, regulado en el apartado 1 del art. 178 es el cese de las limitaciones a las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor. No obstante, no opera de modo absoluto, pues se mantienen los efectos derivados de la sentencia de calificación, en la que, de conformidad con lo establecido en el art. 172.2.2 LC, puede haberse acordado inhabilitación del concursado o de las personas afectadas por la calificación por periodo que se extienda más allá de la fecha de conclusión del concurso.

En el caso de que a la conclusión de concurso precediera un cumplimiento de convenio, esas limitaciones a las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor ya se habrán levantado de conformidad con lo establecido en el art. 133.2 LC, aunque pueden haber sido sustituidas por las establecidas en el propio convenio. La conclusión del concurso mediante el cumplimiento del convenio también supondrá el cese de las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor subsistentes, esto es, aquellas que se habían pactado en el seno del convenio, salvo las que se contengan en la sentencia firme de la calificación (art. 178.1 LC).

Por otra parte, con la conclusión del concurso caducará la acción de nulidad sobre los actos realizados por el deudor que infrinjan las limitaciones sobre sus facultades patrimoniales ordenadas por el Juez del concurso, para el

supuesto de que cualquier acreedor o quién hubiera sido parte en la relación jurídica afectada, hubiera efectuado el correspondiente requerimiento a la administración concursal para que ejercitase la acción de anulación o la convalidación o confirmación del acto (art. 40.7 LC). A partir de este momento, este tipo de actos podrán ser inscritos en los correspondientes Registros Públicos porque se podrá acreditar la conclusión del concurso.

Para hacer efectivo el cese de las limitaciones a las facultades de administración y disposición, de acuerdo con lo previsto para la publicidad de la resolución que pone fin al concurso de acuerdo con lo establecido en el art. 177, en aquellos casos en los que el concursado esté inscrito en el Registro Mercantil, después de la conclusión del concurso mediante la aprobación judicial del convenio, el Juez del concurso, de acuerdo con lo ordenado por el art. 325.1 del Reglamento del Registro Mercantil, remitirá al Registro Mercantil donde esté inscrito el concursado, mandamiento judicial en el que se transcribirá la parte dispositiva del auto por el que se declare concluido el concurso. De este modo se cancelarán los asientos del Registro Mercantil que se practicaron tras la declaración del concurso del comerciante o sociedad mercantil ex art. 321, salvo el relativo a la inhabilitación del concursado o de los administradores de la sociedad mercantil concursada. Este último asiento de inscripción sólo se cancelará mediante mandamiento judicial en el que se transcriba la parte dispositiva del transcurso del período de inhabilitación del inhabilitado. De igual modo se dirigirá mandamiento al Registro civil, cuando el concursado esté inscrito en el citado Registro.

5.2.- La subsistencia del principio de responsabilidad patrimonial

Donde vuelve a unificar la Ley la conclusión del concurso por conclusión de la fase de liquidación con pasivo insatisfecho y la conclusión por insuficiencia de masa es en los efectos de tal conclusión. En efecto, tal y como establecía el art. 178.2, en su redacción anterior a la Ley 14/2013: *“En los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los*

acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme". No había, por tanto, una diferencia sustancial con lo establecido en la anterior redacción del art. 178.2, salvo el reconocimiento del efecto de sentencia de condena firme a la inclusión del crédito a favor del acreedor en la lista definitiva de acreedores, lo que facilitaba, no cabe duda, la reclamación judicial posterior del acreedor que no ha podido ver satisfecho su crédito en el concurso, convirtiendo el reconocimiento de su crédito en la lista definitiva de acreedores, con independencia de que haya existido o no incidente previo, en título ejecutivo, evitando acudir al declarativo correspondiente.

No obstante, el contenido del citado precepto ha sido modificado, en virtud de la Ley 14/2013, siendo su redacción actual del siguiente tenor: *"La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados"*.

La modificación del art. 178.2 LC no afecta a la subsistencia del principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC. Ciertamente, la modificación de la redacción del precepto comporta que en su redacción actual no se haga referencia expresa a la posibilidad de ejercer acciones individuales frente al deudor tras la conclusión del concurso, en relación al pasivo insatisfecho, ni a que el reflejo de los créditos en los textos definitivos sirva, a tal fin, como una sentencia de condena firme. No obstante, debe considerarse la remisión de deudas del art. 178.2 LC como una norma excepcional, de tal

modo que, en caso de no ser procedente su aplicación, cobra plena vigencia la responsabilidad patrimonial universal a que se refiere el art. 1911 CC, pudiendo iniciar el acreedor las acciones que estime convenientes en orden a la satisfacción de su crédito, ya que la conclusión del concurso comporta el cese de sus efectos y en consecuencia, aunque no se diga expresamente, la posibilidad de entablar acciones individuales contra el deudor, siempre y cuando no haya sido liberado de sus deudas, en los términos que se analizarán con más detalle en la parte final del presente estudio.

A diferencia de lo que ocurre con la conclusión del concurso por cumplimiento del convenio, que produce un efecto novatorio de las obligaciones afectadas que se mantiene tras la declaración de concurso tal y como establece el art. 136, la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho, tanto por conclusión de la fase de liquidación como por insuficiencia de masa activa, implica la subsistencia del principio de responsabilidad patrimonial universal y no afecta a los créditos y acciones del deudor que se mantienen íntegramente, salvo que proceda la liberación de deudas en los términos de los arts. 1782 y 242.2.5 LC. Por tanto, los acreedores podrán iniciar o reanudar acciones ejecutivas contra el deudor o incluso solicitar un nuevo concurso, aunque esta posibilidad debe conciliarse con lo establecido en el art. 179 LC para la reapertura del concurso y, sobre todo, con la modificación de las circunstancias que justificaron la conclusión del concurso, lo que supondrá que el deudor haya llegado a mejor fortuna y disponga de bienes embargables y con valor venal que justifique su realización.

Dispone el art. 1911 CC que: *“del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros”*. En este precepto se consagra el principio de responsabilidad del deudor por el incumplimiento de sus obligaciones de forma universal y el principio de garantía patrimonial de los acreedores.

La responsabilidad a que se refiere el art. 1911 es una garantía patrimonial²³⁴ y universal, ya que se extiende a todo el patrimonio del deudor,

²³⁴ Queda excluida, por tanto, la responsabilidad personal, sistema al que respondían los derechos primitivos y que a lo largo de la evolución del derecho se ha ido atenuando hasta

no solo presente, sino futuro, incluso a los bienes que indebidamente salieron del patrimonio del deudor en perjuicio de los acreedores o que no entraron en perjuicio de los mismos, mediante el ejercicio de las acciones rescisoria y subrogatoria²³⁵.

El principio de responsabilidad patrimonial universal se configura en nuestro derecho como un elemento de la relación obligatoria en la que confluyen dos elementos distintos: el deber y la deuda, como necesaria adopción de un comportamiento y la responsabilidad como situación de la sujeción de los bienes de una persona a las consecuencias del incumplimiento y como vía de facilitación de la realización del derecho de los acreedores²³⁶. En consecuencia, el patrimonio del deudor ofrece una garantía frente a los acreedores, si bien esa garantía no puede equipararse a una garantía real, pues no existe un derecho subjetivo autónomo que tenga por objeto el entero patrimonio de la persona, ni se concilia con la idea de garantía, que implica un especial refuerzo de algún crédito, algo que es común a todos los acreedores, más bien la verdadera seguridad de los acreedores de los acreedores se encuentra en la capacidad económica de su deudor para hacer frente a sus obligaciones, en la solvencia entendida como aptitud del patrimonio para cumplir. En este sentido la garantía de los acreedores no se encontraría en un potencial derecho de prenda sobre el patrimonio del deudor, sino en que se les concedan las facultades necesarias para asegurar la capacidad económica del patrimonio. No en un derecho sobre el patrimonio del deudor, sino en un derecho a la solvencia de dicho patrimonio²³⁷.

desaparecer definitivamente. Así, en el Derecho Romano el acreedor podía convertir en esclavo a su acreedor o incluso matarlo. Fue *la Lex Poetelia* la que introdujo la responsabilidad patrimonial, aunque sin excluir del todo la personal. En el Derecho Justiniano la *additio* fue sustituida por la prisión por deudas que permaneció hasta principios del siglo XX.

²³⁵ Vid. Arts. 1111 y 1291 CC

²³⁶ DIEZ-PICAZO, L., en: "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Vol. I. Madrid 1983. Pág. 386. En el mismo sentido GULLÓN BALLESTEROS, A. en: "Comentario al art. 1911 del Código Civil", en "Comentario del Código Civil", Tomo II, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVOTZ, R. y SALVADOR CORDECH, P. directores. Madrid, 1993. Pág. 2055, al afirmar que no puede existir un deudor en el sentido jurídico del término que no responda de sus obligaciones.

²³⁷ DIEZ-PICAZO, L., en: "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Op. Cit. Pág. 3888 y ss. En el mismo sentido GULLÓN BALLESTEROS, A. en: "Comentario al art. 1911 del Código Civil", Op. Cit. Pág. 2055.

No obstante, esa responsabilidad patrimonial universal puede no extenderse sobre la totalidad del patrimonio del deudor. Así, la ley puede excluir determinados bienes, como son los bienes inembargables, que no quedan sujetos a dicha responsabilidad o la facultad de quien acepta una herencia a beneficio de inventario de excluir sus propios bienes a la reclamación de los acreedores hereditarios (art. 1023 CC) o, en muy contados supuestos, la voluntad de las partes puede configurar el ámbito de la responsabilidad. Así, el art. 1807 CC dispone que: *“El que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes, puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista”*, por su parte el art. 140 LH establece que: *“No obstante lo dispuesto en el art. 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente sobre los bienes hipotecados. En este caso la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor. Cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte de crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el art. 121”*. Son manifestaciones de una exclusión convencional de determinados bienes a la responsabilidad patrimonial del deudor. Lo que no es admisible es una renuncia general a la responsabilidad patrimonial del deudor del art. 1911, que sería nula por dejar al arbitrio del deudor el cumplimiento de la obligación lo que queda vedado por el art. 1256 CC²³⁸.

Además de los supuestos de exclusión previstos legalmente la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) permite la adopción entre las partes de pactos tendentes a excluir determinados bienes de esa responsabilidad patrimonial universal del deudor, lo que ha sido admitido por la jurisprudencia

²³⁸ DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: en “Sistema de Derecho Civil, Vol. II, Obligaciones y contratos”. Op. Cit. Pág. 284.

que exige, no obstante, que se establezcan con claridad y precisión ya que las renunciaciones han de ser expresas y claras²³⁹.

Por todo ello, la mera conclusión del concurso con pasivo insatisfecho, por sí misma, no puede comportar la exclusión o desaparición de la responsabilidad patrimonial del deudor insolvente, salvo que expresamente se declare la remisión de deudas en los términos del art. 178.2 LC y solo en relación al deudor concursado persona física en quien concurran los requisitos previstos en el citado precepto. La deuda no ha desaparecido, no se extingue por la conclusión del concurso por esta causa y el patrimonio del deudor, incluso el futuro sigue comprometido, de ahí, que como veremos, la reapertura del concurso esté íntimamente ligada a la persecución de bienes futuros del deudor y a su sujeción al pago de las deudas anteriores.

En cualquier caso, este efecto se ve muy matizado en el caso de las personas jurídicas por otro también regulado en el art. 178 LC como es su extinción.

5.3.- La extinción de la persona jurídica y su función de mecanismo impropio de liberación de deudas

Se mantiene en el art. 178.3 el efecto ya previsto en la redacción anterior en virtud del cual: *“La resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica acordará su extinción y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme”*²⁴⁰.

La extinción de la persona jurídica como consecuencia de la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y, actualmente, por liquidación o por insuficiencia de masa activa, ha supuesto un efecto depurador de numerosas

²³⁹ Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1963 y 8 de junio de 1972 entre otras.

²⁴⁰ Un estudio detallado sobre este efecto extintivo de la conclusión del concurso en relación a la persona jurídica puede verse en MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “La extinción de las sociedades de capital a causa de la conclusión del concurso”. Cizur Menor, 2013.

sociedades formalmente vigentes por tener aún abierta su hoja registral, pero sin actividad alguna, que de otro modo no se hubiera podido producir, lo que constituye un argumento más a favor de la necesidad de declarar el concurso aun en caso de inexistencia de masa. En efecto, respecto de estas sociedades, soluciona el problema derivado de la imposibilidad de cancelación registral de su inscripción cuando existen deudas pendientes, pues para tal cancelación exige el artículo 247 del Reglamento del Registro Mercantil que conste la satisfacción de los acreedores, por lo que solo la tramitación del concurso permite su cancelación²⁴¹.

La extinción de la persona jurídica como consecuencia de la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho, bien sea por haber concluido la liquidación, bien por insuficiencia de masa, constituye una nueva forma de extinción de la persona jurídica, que produce dicho efecto automáticamente sin necesidad de previa disolución y liquidación societaria²⁴². La extinción se convierte así en una consecuencia necesaria de la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho²⁴³, que procederá cualquiera que sea la fase del concurso en que se declare y que tendrá lugar con independencia de que la sociedad se encuentre o no disuelta con anterioridad²⁴⁴.

En el caso de la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho el proceso liquidativo de la sociedad se simplifica enormemente, pues se trata de una nueva causa de extinción de la sociedad, con técnica propia, configurada de forma diferente a la disolución y liquidación con otorgamiento de escritura de cancelación y cancelación registral (arts. 395 y 396 LSC y 247.2 RRM)²⁴⁵. La

²⁴¹ Vid. A este respecto PULGAR EZQUERRA, J., "La cancelación registral de las sociedades de capital". Madrid 1998.

²⁴² Así lo afirman BELTRÁN, E. y MARTÍNEZ FLOREZ, A. en "Comentario al art. 178" en "Comentario de la Ley Concursal". ROJO, A. y BELTRÁN, E. coord. Tomo II. Madrid, 2004. Pág. 2657. En el mismo sentido SACRISTÁN BERGIA, F. en "La declaración de la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y sus efectos", Op. Cit. Pág. 135. Para PULGAR EZQUERRA, J.: "Extinción y cancelación de sociedades de capital sin activo". Op. Cit., sin embargo constituye más bien un nuevo subtipo dentro de la genérica categoría de cancelación de oficio en virtud de resolución judicial.

²⁴³ SACRISTÁN BERGIA, F. en "La declaración de la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y sus efectos", Op. Cit. Pág. 112.

²⁴⁴ BELTRÁN, E.: "La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores", en "La liquidación de la sociedades mercantiles", ROJO, A. y BELTRÁN, E. Directores. Valencia, 2011. Pág. 439.

²⁴⁵ SACRISTÁN BERGIA, F. en "La declaración de la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y sus efectos", Op. Cit. Pág. 136.

función propia de la liquidación social, como instrumento legislativo dispuesto para la extinción de la sociedad, es, precisamente, poner fin a las relaciones jurídicas que hubiera entablado con los terceros y con los propios socios, solo cuando se extinguen esas relaciones, puede extinguirse la persona jurídica²⁴⁶. El concurso debería servir de garantía del cumplimiento de esa finalidad en orden a la extinción social. De este modo, en cuanto a las relaciones con los acreedores, en el concurso se constata la inexistencia de bienes para satisfacer los créditos total o parcialmente y la inexistencia de acciones de reintegración o de responsabilidad de terceros viables, pues solo en esos casos puede procederse a la conclusión del concurso (art. 152.2 y 176 bis LC), en cuanto a los socios, la inexistencia de bienes y derechos, hará innecesario, en la mayoría de los casos, determinar la cuota de la liquidación que corresponda a cada uno de ellos con arreglo a lo dispuesto en el art. 394 LSC, pues no habrá nada que repartir. Terminadas las relaciones de la sociedad con terceros y socios, la extinción de la persona jurídica se produce como un efecto obligatorio de la conclusión del concurso de la persona jurídica con pasivo insatisfecho. El Juez del concurso no puede omitir tal efecto, siendo la resolución judicial que concluye el concurso por esta causa constitutiva en relación a la extinción de la sociedad, teniendo la inscripción de la misma en el Registro Mercantil una mera eficacia declarativa a efectos de terceros²⁴⁷, a diferencia de lo que acontece en el ámbito de la legislación societaria, ya que el régimen de extinción en un régimen y en otro son distintos.

Existe en este precepto una discordancia con lo que establecía el apartado 2º, en su redacción anterior a la Ley 14/2013 y que, a su vez, no existía en la redacción originaria de la Ley concursal al haber sido introducido

²⁴⁶ BELTRÁN, E.: “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, *Ibíd.* Pág. 409.

²⁴⁷ SACRISTÁN BERGIA, F. en “La declaración de la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y sus efectos”, *Op. Cit.* Pág. 137. Por el contrario, para PULGAR EZQUERRA, J.: “Extinción y cancelación de sociedades de capital sin activo”. *Op. Cit.*, la extinción de la sociedad de capital por vía concursal ha de conectarse también, como acontece en el ámbito de la liquidación societaria, a su cancelación registral (eficacia extintiva/constitutiva de la cancelación), sobre la base del carácter constitutivo de la inscripción de las sociedades de capital en fase de fundación (art. 20, en conexión con el art. 33 LSC), concluyéndose que, dado que estos tipos sociales para adquirir su personalidad han de inscribirse, también su extinción habría de conectarse a su cancelación registral, teniendo por tanto dicha cancelación registral un efecto extintivo (extinción de la persona jurídica) por contraposición a un efecto constitutivo (adquisición de la personalidad jurídica). En la misma línea se posiciona LARA, R., en “la extinción de la sociedad”, en “La liquidación de las sociedades mercantiles”, ROJO, A. y BELTRÁN, E. *Dir. Valencia*, 2011. Pág. 305.

por la Ley 38/2011²⁴⁸. El legislador establece el efecto de la extinción de la persona jurídica para el caso de la conclusión del concurso por liquidación, pero a diferencia de aunar sus efectos, como se hacía en el apartado 2º a la subsistencia de pasivo, aquí no se hace referencia alguna a ese hecho, lo que obligaría a extinguir sociedades que en fase de liquidación han satisfecho todos sus créditos y no tienen pasivo subsistente, contradiciendo la propia finalidad de la norma. En efecto, no debe olvidarse que la extinción de la persona jurídica regulada en el art. 178.3 LC, constituye una causa autónoma de extinción de sociedades, sin necesidad de disolución y liquidación previa, regulada al margen del proceso liquidatorio de la Ley de Sociedades de Capital. Su finalidad es evitar, obviando los requisitos del art. 395 LSC y 247 RRM, que sociedades sin activo sigan operando, aunque sea formalmente, en el tráfico mercantil, con el riesgo de incrementar su endeudamiento, por lo que tal efecto solo tiene sentido cuando el concurso concluye con pasivo insatisfecho, lo que acaecerá normalmente en los casos de conclusión por insuficiencia de masa, pero no necesariamente en los casos de liquidación, ya que es posible que la realización de los bienes sea suficiente para satisfacer todas las deudas. En esos casos no tiene sentido la extinción de la sociedad debiendo dejar en manos de los socios su reactivación o no, por lo que el art. 178.3 debe interpretarse de acuerdo con lo previsto en el art. 178.2 LC y solo acordar la extinción cuando concluida la liquidación subsista pasivo insatisfecho. Es evidente que, en la generalidad de los casos, la apertura de la fase de liquidación del concurso terminará con la extinción de la persona jurídica (V. también arts. 178.3 y 179.1), pero en supuestos excepcionales es posible que la persona jurídica llegue a satisfacer todos los créditos y pueda, por tanto, continuar con su actividad. En ese caso, la propia persona jurídica habrá de decidir si continúa la liquidación hasta la extinción definitiva, sea con la propia administración concursal sea nombrando liquidadores o si procede a una reactivación²⁴⁹.

²⁴⁸ Así lo apunta BELTRAN, E. en: "La extinción de la persona jurídica en la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa declarada en el propio auto de declaración de concurso (auto JM 1 Palma de Mallorca 22.2.2012)". ADCo. Aranzadi nº 27/2012. Pág. 369.

²⁴⁹ BELTRAN, E. en voz "Liquidación concursal". Enciclopedia de Derecho Concursal. Tomo II BELTRAN, E. y GARCÍA-CRUCES, J.A. Dir. Cizur Menor, 2012. Pág. 1984. En el mismo

En cualquier caso, esta extinción de la sociedad equivale a una tácita condonación del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso, por haberse extinguido el titular de dicho pasivo, lo que impediría que fuera demandada al carecer de legitimación pasiva, si bien condicionada a la aparición posterior de bienes de la concursada que determinarán la reapertura del concurso, es por ello que, formalmente subsiste la responsabilidad, pero dada su extinción solo puede hacerse efectiva por el mecanismo de la reapertura al que luego nos referiremos²⁵⁰.

No obstante, es posible que concluya el concurso y subsistan bienes a nombre de la empresa que no sean objeto de realización²⁵¹. Así se infiere de los arts. 152.2 y 176 bis. 3 LC, en virtud de los cuales no impedirá la conclusión de la liquidación o la declaración de insuficiencia de masa que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal. En estos casos surge el problema, no solucionado expresamente por la Ley de la distribución de esos bienes entre los socios a fin de extinguir las relaciones de la sociedad con los mismos. No se trata de un supuesto de activo sobrevenido, cuya solución en el ámbito concursal se reconduce al art. 179 LC y a la reapertura del concurso que se analizará a continuación, sino de bienes preexistentes y no realizados, cuya titularidad formal la sigue ostentando una sociedad extinta, pero que, según se ha constatado en el concurso, no pueden servir para pagar a los acreedores sus deudas, ni podrían dar lugar a la reapertura del concurso.

Una solución podría venir dada por la aplicación analógica del art. 398 LSC que establece que: *“1. Cancelados los asientos relativos a la sociedad, si aparecieran bienes sociales los liquidadores deberán adjudicar a los antiguos socios la cuota adicional que les corresponda, previa conversión de los bienes en dinero cuando fuere necesario. 2. Transcurridos seis meses desde que los*

sentido PULGAR EZQUERRA, J.: “Extinción y cancelación de sociedades de capital sin activo”. Op. Cit.

²⁵⁰ Vid. A este respecto PULGAR EZQUERRA, J.: “Extinción y cancelación de sociedades de capital sin activo”. Op. Cit.

²⁵¹ En estos casos para MOYA BALLESTER, J. en “La conclusión de los concursos sin masa de las sociedades de capital”. ADCo. Aranzadi. Nº. 29/2013. Pág. 121 y ss., la extinción y cancelación registral de la sociedad no impediría el inicio de ejecuciones individuales respecto de los bienes que no fueron objeto de ejecución colectiva.

liquidadores fueren requeridos para dar cumplimiento a lo establecido en el apartado anterior, sin que hubieren adjudicado a los antiguos socios la cuota adicional, o en caso de defecto de liquidadores, cualquier interesado podrá solicitar del juez del último domicilio social el nombramiento de persona que los sustituya en el cumplimiento de sus funciones". Esas funciones corresponderán a la administración concursal, por aplicación de lo establecido en el art. 145.3 LC, ya que asumen las funciones que les corresponderían a los liquidadores sociales y no ha de rechazarse la posibilidad de que se encarguen de las operaciones de adjudicación o división del patrimonio, pues son en sentido amplio operaciones de liquidación que podrán realizarse en el seno del concurso²⁵², incluso si se realiza en la fase común, al amparo del art. 176 bis LC, pues en ese caso la administración concursal está realizando funciones propiamente liquidativas (art. 176 bis. 2 y 3 LC). No queda claro, sin embargo, quien deberá realizar esa función en caso de conclusión del concurso por insuficiencia de bienes de oficio ex art. 176 bis.4 LC en el propio auto de declaración de concurso, sin nombramiento de administrador concursal. En ese caso parece que, ante la inexistencia de liquidadores, deberán acudir los socios o cualquier interesado al Juez de lo mercantil del último domicilio social para que por el procedimiento de jurisdicción voluntaria proceda a nombrar a quien pueda realizar esas funciones, tal y como establece el apartado 2 del art. 398 LSC. En cualquier caso, el problema carece de una solución expresa en nuestro derecho que debería ser abordada por el legislador²⁵³.

La finalidad de la norma, disponiendo la extinción de la persona jurídica en caso de conclusión del concurso con pasivo insatisfecho, es facilitar la cancelación registral de la sociedad y evitar que la sociedad recurra

²⁵² Así lo entiende BELTRÁN, E.: "La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores", Op. Cit. Pág. 418.

²⁵³ Existen algunas soluciones adoptadas por distintos Juzgados mercantiles. Así, el auto del Juzgado Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca de 22 de febrero de 2012 o los autos del Juzgado Mercantil nº 1 de Madrid de fecha 24 de octubre de 2012 y 3 de diciembre de 2012, en las que se considera que la extinción de la sociedad no es posible salvo en los supuestos en los que en el concurso se ha producido una auténtica liquidación social o se pospone la extinción prevista en el art. 178.3 LC a que por los liquidadores sociales se haya procedido a esa efectiva liquidación social antes de expedir el mandamiento para la efectiva cancelación registral de la sociedad, tesis defendida por NIETO DELGADO, C. en "Liquidación societaria y extinción de la persona jurídica concursada". ADCo. Aranzadi. Nº 29/2013. Pág. 241 y ss. En contra FUENTES DEVESA, R., en "La declaración y conclusión simultánea de concurso o concurso express". Madrid, 2013. Pág. 59 y ss.

nuevamente al crédito sin garantía patrimonial²⁵⁴. Sin embargo, precisamente, ese efecto, comportaba que hasta la entrada en vigor de la Ley 14/2013, que ha introducido en nuestro derecho instrumentos propios de exoneración de pasivo insatisfecho, el principio de subsistencia de la responsabilidad, vinculado a la responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC, no operaba del mismo modo en el caso de las personas jurídicas y de las personas físicas. En el caso de persona jurídica la resolución judicial que declare la conclusión del concurso por inexistencia de bienes según dispone el artículo 178.3 LC acordará su extinción y dispondrá la cancelación de su hoja de inscripción en los registros públicos²⁵⁵, lo que equivale a una tácita condonación del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso, por haberse extinguido el titular de dicho pasivo²⁵⁶, si bien, como veremos, condicionada a la aparición posterior de bienes de la concursada, generalmente preexistentes y desconocidos en el momento de la conclusión del concurso, lo que determinará la reapertura del concurso (art. 179 LC). En el caso de la persona física, sin embargo, la conclusión del concurso por inexistencia de bienes, no determina su extinción, por lo que subsistía su responsabilidad, vinculando al pago de esas deudas anteriores sus ingresos y su patrimonio futuro.

La Ley en el caso de conclusión del concurso con pasivo insatisfecho no trataba del mismo modo a la persona jurídica que a la persona física, tampoco

²⁵⁴ YANES YANES, P.: “Comentario al art. 178” Op. Cit. Pág. 2943.

²⁵⁵ Como ha recordado recientemente el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de julio de 2012: *“La cancelación de los asientos registrales señala el momento de extinción de la personalidad social. Si la sociedad anónima adquiere su personalidad jurídica en el momento en que se inscribe en el Registro (art. 7 LSA), correlativamente la cancelación de las inscripciones referentes a la entidad debe reputarse como el modo de poner fin a la personalidad que la Ley le confiere”*. Lo que determinaría a juicio del Tribunal su falta de legitimación para ser demandada pues: *“Lo que no resulta conforme a lo ya razonado es que se demande, sin más, a una sociedad que carece de personalidad jurídica sin pretender al mismo tiempo que la recobre”*. Esta tesis no es la que se sigue, sin embargo, en la más reciente sentencia de 20 de marzo de 2013, en la que volviendo al criterio de la de fecha 27 de diciembre de 2012, si que admite tal legitimación, criterio que también subyace en la RDGRN de 17 de diciembre de 2012. No obstante, todas estas sentencias del Tribunal Supremo se refieren a cancelaciones acordadas en el ámbito de liquidaciones practicadas conforme a la legislación societaria y no en casos de extinción y cancelación de sociedades concursadas acordadas conforme al art. 178.3 LC que, como hemos analizado, constituye un régimen especial al margen del societario.

²⁵⁶ Así lo entienden BELTRÁN, E. y MARTÍNEZ FLOREZ, A. en “Comentario al art. 178”, Op. Cit. Pág. 2660 y SACRISTÁN BERGIA, F. en “La declaración de la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y sus efectos”, Op. Cit. Pág. 139. En contra FUENTES DEVESA, R., en “La declaración y conclusión simultánea de concurso o concurso express”. Op. Cit. Pág. 66.

facilitaba una explicación objetiva de porque se producía esa circunstancia en supuestos iguales o muy similares. Esta situación provocó alguna resolución judicial²⁵⁷ que puso de manifiesto lo injusto de dicha situación y adoptó mecanismos para enervar ese efecto en el caso concreto. Precisamente el análisis de esas carencias, sus efectos y las posibles soluciones, algunas de las cuales han venido de la mano de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, será el objeto de la última parte de este estudio.

5.4.- El proyectado procedimiento societario de liquidación de sociedades sin activo

Como hemos adelantado, uno de los efectos del concurso es la cancelación registral de sociedades sin activos evitando así que pueda seguir operando, e incrementando su pasivo en el tráfico económico. Ahora bien, aunque dicho efecto está expresamente previsto en el art. 178.3 LC, no implica, como se ha visto, que la finalidad del concurso de acreedores sea la extinción o cancelación registral de sociedades, si bien en ocasiones se ha entendido así²⁵⁸, motivado, seguramente, por la inexistencia en nuestro derecho de un mecanismo específico de cancelación registral de sociedades sin activos al margen del procedimiento concursal.

Para solventar esta carencia la Propuesta de Código Mercantil, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, presentada por el Ministerio de Justicia el día 20 de junio de 2013 contempla un procedimiento específico dirigido a tal fin, regulado en los arts. 272-44 a 272-54.

²⁵⁷ En este sentido el auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010, que liberó a los concursados, un matrimonio de pensionistas, de las deudas tras liquidar sus bienes.

²⁵⁸ Como la resolución de DGRN de 2 de julio de 2012, que considera el concurso de acreedores como un instrumento de extinción de sociedades en caso de inexistencia de haber social con el que satisfacer a los acreedores, solución que no comparte YANES YANES, P., en "Liquidación societaria. Acreedores insatisfechos por carencia de activo y obligatoriedad de concurso de acreedores. (Un comentario a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de julio de 2012)". Op. Cit. Pág. 241.

En los casos en los que el activo de la sociedad fuera insuficiente para satisfacer a todos los acreedores, una vez agotado, los liquidadores otorgarán escritura pública en la que harán constar esta circunstancia. A la escritura se incorporarán un informe completo sobre las operaciones de liquidación; una relación sobre los actos de disposición patrimonial realizados dentro de los dos años anteriores a la apertura de la liquidación; una relación de los créditos extinguidos en los dos años anteriores a la apertura de la liquidación, con expresión de la identidad del acreedor, la cuantía del crédito y el modo y fecha en que esa extinción hubiera tenido lugar; una relación de los créditos extinguidos a partir de la apertura de la liquidación, con las mismas indicaciones; una relación de los créditos no satisfechos, con expresión de la identidad del acreedor, de la cuantía del crédito de que fuera titular y, en su caso, de la identidad de quien hubiera prestado garantías personales o reales para el pago del crédito; así como una relación de los procedimientos judiciales en curso en los que la sociedad fuera parte.

La escritura pública de inexistencia de activo, con los documentos incorporados, se depositará en el Registro mercantil, acompañada de la declaración del liquidador o liquidadores del lugar en que radica el centro de los intereses principales de la sociedad. Dentro del siguiente día hábil en que se hubiera efectuado el depósito, el registrador mercantil lo notificará por vía telemática al juzgado o juzgados competentes para la declaración de concurso. El secretario, sin más trámites, procederá a dejar constancia de la comunicación recibida. Además se publicará en el Boletín Oficial del Registro mercantil, en la página web de la sociedad o, en el caso de que no exista, en un diario de gran circulación en la provincia en que radique el centro de sus intereses principales.

Desde el depósito de la escritura pública en el Registro mercantil se suspenderá el deber de los liquidadores de solicitar la declaración de concurso; determinando la fecha en que el secretario judicial deje constancia de la recepción de la notificación del depósito realizada por el registrador, la inadmisión de solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos de la sociedad deudora. Si se hubieran admitido a trámite solicitudes presentadas después de la fecha en que el depósito se hubiera tenido por

realizado o de la fecha de la publicación del depósito, el juez decretará el archivo de lo actuado.

Transcurrido un mes a contar desde la publicación del depósito de la escritura de inexistencia de activo en el Boletín Oficial del Registro mercantil, el registrador declarará extinguida la sociedad y procederá a la cancelación de su inscripción en el Registro mercantil, salvo que persona legitimada hubiera solicitado el nombramiento de experto independiente para la emisión de informe. La extinción de la sociedad producirá la extinción de los créditos insatisfechos, pero no de las garantías personales que se hubieran otorgado ni de las garantías reales que se hubieran constituido por terceros.

En este sentido, dentro de los veinte días siguientes a contar desde la publicación del depósito de la escritura de inexistencia de activo en el Boletín Oficial del Registro mercantil, cualquier acreedor total o parcialmente insatisfecho y cualquier garante podrá solicitar ante el registrador mercantil del lugar del domicilio social el nombramiento de experto a fin de que emita informe sobre la situación de la sociedad. Dentro de los dos días siguientes al de la fecha del asiento de presentación de la primera solicitud, el registrador designará como experto, a su prudente arbitrio, a un auditor o a un letrado que reúna las condiciones para poder ser nombrado administrador concursal, fijando la retribución a percibir por el nombrado con cargo a la provisión de fondos efectuada por el solicitante. En el plazo de cinco días a contar desde la fecha de la notificación, el nombrado deberá comparecer ante el registrador para aceptar el cargo.

Dentro de los dos meses siguientes a la fecha del nombramiento, el experto emitirá informe, que depositará en el Registro mercantil, en el que hará constar si procede el ejercicio de acciones de responsabilidad contra los antiguos administradores o contra los liquidadores y si, en caso de concurso, procedería ejercitar acciones de reintegración de la masa activa y si sería previsible que la sentencia de calificación contuviera condena a la cobertura total o parcial del déficit.

Si el informe fuera negativo el registrador, de oficio o a instancia de cualquier interesado, hará constar la disolución de pleno derecho en la hoja

abierta a la sociedad. Si el informe fuera positivo o si el experto no hubiera podido emitir el informe por falta de datos, el registrador remitirá al juez competente para la declaración de concurso la escritura pública depositada y el informe del experto, dejando copia en el expediente. La recepción de los documentos se considerará solicitud de concurso voluntario, sobre la que el juez proveerá de acuerdo con lo previsto en la Ley Concursal, pudiendo ser el experto emisor del informe nombrado administrador concursal.

La Propuesta merece una crítica positiva, por cuanto reconduce el problema de la cancelación de sociedades al ámbito registral que le es más propio; limitando la posibilidad de acudir al concurso a aquellos supuestos en los que sea posible depurar algún tipo de responsabilidad vía calificación del concurso o incrementar la masa activa, lo que se conecta con la finalidad solutoria del concurso y la satisfacción del interés de los acreedores, descongestionando de trabajo a los juzgados de lo mercantil. No obstante, como ha apuntado algún autor²⁵⁹, tal vez sería conveniente modificar su presupuesto objetivo pues al venir constituido por los casos en que *“el activo de la sociedad fuera insuficiente para satisfacer a todos los acreedores, una vez agotado”*, coincide sustancialmente con la esencia y finalidad del concurso de acreedores, por lo que debería limitarse a los supuestos de imposibilidad de satisfacer a los acreedores contra la masa de un hipotético concurso.

6.- LA REAPERTURA DEL CONCURSO COMO INSTRUMENTO COMPLEMENTARIO DE REINTEGRACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA MASA ACTIVA

Aunque el art. 178.2 LC permite a los acreedores, en caso de conclusión del concurso con pasivo insatisfecho, el ejercicio de acciones individuales, esta facultad se limita a los casos en los que no se haya procedido a la reapertura del concurso o a la declaración de un nuevo concurso.

²⁵⁹ PULGAR EZQUERRA, J.: “Extinción y cancelación de sociedades de capital sin activo”. Op. Cit.

A la reapertura del concurso se refiere el art. 179 LC que establece que:
“1. La declaración de concurso de deudor persona natural dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior por liquidación o insuficiencia de masa activa tendrá la consideración de reapertura de éste. El juez competente, desde que se conozca esta circunstancia, acordará la incorporación al procedimiento en curso de todo lo actuado en el anterior.

2. La reapertura del concurso de deudor persona jurídica concluido por liquidación o insuficiencia de masa será declarada por el mismo juzgado que conoció de éste, se tramitará en el mismo procedimiento y se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad. A dicha reapertura se le dará la publicidad prevista en los artículos 23 y 24, procediendo también la reapertura de la hoja registral en la forma prevista en el Reglamento del Registro Mercantil”.

La reapertura del concurso, tal y como se concibe en la Ley Concursal, se caracteriza por ser un sistema complementario de reintegración y liquidación de la masa activa de un concurso concluido con liquidación fracasada en cuanto todos o algunos de los créditos contra el concursado han quedado insatisfechos total o parcialmente²⁶⁰. En efecto, la reapertura del concurso en nuestro derecho solo se concibe en caso de conclusión con pasivo insatisfecho, bien sea por conclusión de la liquidación (152.2 y 3 LC) o por

²⁶⁰ ALONSO ESPINOSA, F.J. “Comentario al art. 179” en Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II, PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C. y ALCOVER GARAU, G. directores. Madrid, 2004. Pág. 1492. En el mismo sentido GADEA SOLER, E. “La reapertura del concurso prevista en la Ley Concursal” en “La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura”, GADEA SOLER, E., NAVARRO LÉRIDA, M.S. y SACRISTÁN BERGIA, F. autores. Monografías de la RcP. La Ley nº 11/2009. Getafe, 2010. Pág. 158. Esta es la tesis que se sigue en la RDGRN de 17 de diciembre de 2012 al indicar que: “A semejanza de la existencia de activo sobrevenido en el supuesto de funcionamiento ordinario de la sociedad, que se traduce en la continuación de las labores de liquidación, cuando la sociedad se extinguió como consecuencia de la existencia de una situación concursal, el precepto señala un efecto similar. Pero a diferencia del supuesto ordinario en el que dichas operaciones se llevan a cabo en el ámbito interno de la sociedad y de conformidad con las reglas ordinarias ahora, y como no puede ser de otro modo, la aparición de activo sobrevenido produce el efecto de reanudar las operaciones liquidatorias en el ámbito del procedimiento concursal y bajo la dirección del mismo Juzgado que conoció anteriormente”, afirmándose igualmente que: “Como se desprende de la regulación legal la existencia de activo sobrevenido produce el efecto de reanudar el procedimiento ante el mismo Juzgado y en la misma fase liquidatoria en que se encontraba, liquidación que se lleva a cabo por la administración concursal”.

Consecuencia inevitable es que dichas operaciones a realizar en el ámbito del procedimiento concursal sean llevadas a cabo por las personas legalmente previstas al respecto.

insuficiencia de masa (art. 176 bis LC) y vinculada a la aparición de nuevos bienes con los que satisfacer a los acreedores²⁶¹. Este efecto se percibe con mayor claridad en el caso de la reapertura del concurso de la persona jurídica (art. 179.2 LC), por lo que no procederá en aquellos supuestos en los que no se hayan modificado las circunstancias que justificaron la conclusión del concurso. Más dudas surgen en relación a la reapertura del concurso de la persona física, pues el art. 179.1 LC habla de “*declaración de concurso*” por lo que no debería bastar con que aparecieran nuevos bienes, sino que además fueran embargables y con valor venal que justifique su realización.

La reapertura del concurso se vincularía, por tanto, a la aparición de nuevos bienes realizables y no a la concurrencia del presupuesto objetivo del concurso, es decir a la existencia de insolvencia. La solvencia del deudor persona física puede existir o no, pero a efectos de la reapertura es irrelevante. Si es insolvente y carece de bienes no tiene sentido declarar un nuevo concurso, que podría concluirse, en todo caso, por aplicación del art. 176 bis.4 LC; por el contrario si aparecen nuevos bienes liquidables es irrelevante que haya o no situación de insolvencia, pues la solvencia sobrevenida no debe impedir la posibilidad de cobro de los anteriores y de los nuevos acreedores a través de las garantías que procura el régimen de reapertura del concurso, en este caso se ofrecerían al acreedor dos vías de cobro; por un lado la acciones ejecutivas individuales (art. 178.2 LC) y, por otro, la reapertura (art. 179 LC)²⁶². Por esta razón, no se concibe como un nuevo concurso, sino como una continuación del concluido. Existe, no obstante, en caso del concurso de la persona física una limitación temporal, debe producirse la declaración de concurso en el plazo de cinco años desde la conclusión del anterior. Para otro sector doctrinal la referencia que se hace en el art. 179.1 LC, referido a la persona física, a la declaración del concurso, unido al hecho del cese de las limitaciones a las facultades de administración y disposición del deudor sobre

²⁶¹ Esto ha permitido a algunos autores hablar del carácter provisional de la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho. Así, ALCALÁ DÍAZ, M.A.: “Comentario al art. 178” en Comentarios a la Ley Concursal, Tomo II, PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C. y ALCOVER GARAU, G. directores. Madrid, 2004. Pág. 1487. En contra, sin embargo, se posicionan otros autores como NAVARRO LÉRIDA, M.S. en “La inexistencia de bienes y derechos como presupuesto de la conclusión” Op. Cit. Pág. 32.

²⁶² Así lo entiende ALONSO ESPINOSA, F.J. “Comentario al art. 179”. Op. Cit. Pág. 1495.

su patrimonio, exigirían la concurrencia de la insolvencia como presupuesto objetivo del concurso para poder proceder a la reapertura del mismo²⁶³.

En el caso de la persona jurídica no se plantearán problemas derivados de su solvencia, pues se ha extinguido como consecuencia de la conclusión de concurso, el único requisito es la existencia de bienes aparecidos con posterioridad, sin que operen las limitaciones temporales establecidas para el caso de la persona física. Estos bienes serán generalmente bienes o derechos preexistentes o desconocidos en el momento de la conclusión del concurso²⁶⁴. Ello permite concluir que no existe un único sistema de reapertura del concurso, sino dos, uno referido a la persona física y otro a la jurídica²⁶⁵.

En consecuencia, el modo en que opera la reapertura del concurso difiere según se trate del concurso de persona física o de la persona jurídica.

En el caso de la persona jurídica el art. 179 LC, parte de la declaración de un nuevo concurso. En ese caso el Juez competente desde que se conozca esta circunstancia, acordará la incorporación al procedimiento en curso de todo lo actuado en el anterior. En cuanto a quien sea el Juez competente, dentro del periodo de los cinco años a que alude el art. 179 LC, debiera ser, por antecedentes, el que conoció del primer concurso. No obstante, dado que han desaparecido las limitaciones a las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor, este puede haber cambiado el centro de sus intereses principales y, en consecuencia, ser otro el Juez competente, al amparo de lo dispuesto en el art. 10 LC, por lo que deberá acudir, en ese caso, al fuero de competencia, establecido en ese precepto, lo que en algunos supuestos determinará que el juez que conozca del nuevo concurso sea distinto al que conoció del concluido. El hecho de que se haya declarado un nuevo concurso y que, a diferencia del caso de la persona jurídica, no se

²⁶³ En este sentido se pronuncia GADEA SOLER, E. "La reapertura del concurso prevista en la Ley Concursal". Op. Cit. Pág. 170.

²⁶⁴ Se trataría de bienes de la persona jurídica ocultos o ignorados que aparecen con posterioridad a la conclusión, o cobro de créditos de deudores de la concursada que hayan alcanzado mejor fortuna y procedan al pago de modo voluntario o forzoso, incluso como consecuencia del resultado favorable de acciones rescisorias o subrogatorias planteadas por acreedores de la concursada. Vid. A este respecto GADEA SOLER, E. "La reapertura del concurso prevista en la Ley Concursal". Op. Cit. Pág. 196 y ss.

²⁶⁵ *Ibídem*. Pág. 169.

constrinja a la liquidación, permitiría admitir como solución del concurso la convencional²⁶⁶.

En el caso de que se trate de reapertura del concurso de persona jurídica, dado que la misma se extinguió como consecuencia de la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho, el procedimiento difiere. En este supuesto la reapertura del concurso, para la que a diferencia de la persona física no se establece plazo, será declarada por el mismo juzgado que conoció del anterior, se tramitará en el mismo procedimiento y se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad. A dicha reapertura se le dará la publicidad prevista en los artículos 23 y 24. Igualmente, dado que la conclusión del concurso determinó la extinción definitiva y la cancelación de la hoja registral de la sociedad (art. 178.3 LC) se procederá también la reapertura de la hoja registral en la forma prevista en el art. 248 RRM. Esta reapertura de la hoja registral no parece que suponga una reviviscencia de la sociedad extinguida, pues el objeto es muy concreto, limitado a la liquidación de los bienes aparecidos con posterioridad²⁶⁷.

Tanto en el caso de que la reapertura lo sea del concurso de una persona física o de una persona jurídica debe procederse a actualización del inventario y de la lista de acreedores. Dispone el art. 180 LC que: *“1. Los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores formados en el procedimiento anterior habrán de actualizarse por la administración concursal en el plazo de dos meses a partir de la incorporación de aquellas actuaciones al nuevo concurso. La actualización se limitará, en cuanto al inventario, a suprimir de la relación los bienes y derechos que hubiesen salido del patrimonio del deudor, a corregir la valoración de los subsistentes y a incorporar y valorar los que hubiesen aparecido con posterioridad; en cuanto a la lista de acreedores, a indicar la cuantía actual y demás modificaciones acaecidas respecto de los créditos subsistentes y a incorporar a la relación los acreedores posteriores.*

²⁶⁶ Ibídem. Pág. 205. De la misma posición es SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C., “Cuestiones sobre la reapertura del concurso en caso de conclusión por insuficiencia de la masa”. ADCo, nº 27/2012. Pág. 223.

²⁶⁷ En este sentido, SACRISTÁN BERGIA, F. en “La declaración de la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y sus efectos”, Op. Cit. Pág.135 y 136.

2. La actualización se realizará y aprobará de conformidad con lo dispuesto en los capítulos II y III del título IV de esta ley. La publicidad del nuevo informe de la administración concursal y de los documentos actualizados y la impugnación de éstos se regirán por lo dispuesto en el capítulo IV del título IV, pero el juez rechazará de oficio y sin ulterior recurso aquellas pretensiones que no se refieran estrictamente a las cuestiones objeto de actualización”.

Dado que nos encontramos ante una reapertura de un concurso anterior la administración concursal debe proceder a actualizar los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores. Para ello se suprimirán del inventario los bienes y derechos que hubieran salido del patrimonio del deudor, se actualizará el valor de los existentes en ese momento y se incluirán y valorarán los aparecidos con posterioridad. En relación a la lista de acreedores se indicará la cuantía y demás modificaciones de los créditos subsistentes, pues puede haber habido pagos parciales tras la conclusión del concurso y se incluirán los créditos surgidos con posterioridad, que tendrán la consideración de créditos concursales, pues el concurso anterior había concluido y no pueden incluirse en la categoría de créditos contra la masa del art. 84 LC. La actualización y aprobación del inventario y de la lista de acreedores se realizará del mismo modo que el previsto en la Ley Concursal para el informe de la administración concursal, limitándose la posibilidad de impugnación a las cuestiones objeto de actualización.

Aunque este procedimiento de actualización de los textos definitivos se regula expresamente para la reapertura de concurso, se ha aplicado analógicamente en algún caso a la apertura de la liquidación en caso de incumplimiento de convenio que carece de una regulación específica de este supuesto²⁶⁸.

La reforma llevada a cabo por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal ha introducido un supuesto especial de legitimación de los acreedores en orden a la reapertura del concurso que puede tener incidencia en los mecanismos impropios de exoneración del pasivo. Sobre la base de lo establecido en el art. 179.3 LC en

²⁶⁸ Entre otros, Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid de 24 de abril de 2009.

el año siguiente a la fecha de la resolución de conclusión de concurso por insuficiencia de masa activa, los acreedores podrán solicitar la reapertura del concurso con la finalidad de que se ejerciten acciones de reintegración, indicando las concretas acciones que deben iniciarse o aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso como culpable, salvo que se hubiera dictado sentencia sobre calificación en el concurso concluido²⁶⁹.

El supuesto es similar al establecido en el apartado 5 del art. 176 bis LC, si bien la solicitud se formula cuando ya ha concluido el concurso y dentro del año siguiente a la conclusión²⁷⁰. La petición tiene por objeto ejercitar acciones de reintegración, indicando las concretas acciones que pretende iniciar o aportar por escrito hechos relevantes que puedan conducir a la calificación del concurso como culpable, si bien esto no será posible si ya hubiera recaído en el concurso sentencia de calificación, cualquiera que fuera el sentido de la misma. La norma, sin embargo, no contiene una previsión similar a la del art. 176 bis 5 relativa a la asunción de los gastos previsibles por parte del acreedor solicitante. La identidad de razón justificaría la aplicación analógica del precepto, pues no debe olvidarse que según la dicción del art. 179.3 LC se produce la reapertura del concurso, lo que generará unos gastos que debería asumir el acreedor, sin perjuicio de su resarcimiento ulterior.

En cuanto a la acción de reintegración, en caso de que la administración concursal no la ejercite, el art. 72.1 LC atribuye legitimación subsidiaria al acreedor, aplicándose en cuanto a los gastos y costas lo establecido en el art. 54.4 LC.

²⁶⁹ En este caso se reproducen los problemas que ya se examinaron anteriormente en relación al distinto tratamiento que debe darse al caso de la reapertura del concurso de la persona física y de la persona jurídica y a la exigencia o no de la insolvencia como presupuesto objetivo para la reapertura del concurso de la persona física. A este respecto vid. GADEA SOLER, E.: "Reapertura y conclusión del concurso por insuficiencia de masa en la proyectada reforma concursal". RcP. La Ley, núm. 15/2011. Pág. 375.

²⁷⁰ La fijación del mismo plazo para la reapertura del concurso de la persona física y de la persona jurídica ha sido criticado por GADEA SOLER, E.: "Reapertura y conclusión del concurso por insuficiencia de masa en la proyectada reforma concursal". Op. Cit. Pág. 375, para quien tendría justificación en el caso de la persona física, pero no tanto en el de la persona jurídica, ya que debería reconocerse la legitimación del acreedor en tanto en cuanto no hubiera transcurrido el plazo de prescripción o caducidad y pudieran ejercitarse las oportunas acciones de reintegración o de sanción de las conductas que darían lugar a la calificación culpable del concurso.

En relación a los hechos que pudieran fundamentar la calificación del concurso como culpable se reproducen los problemas que se planteaban en relación al art. 176 bis 5 LC, ya analizados, debido a la escasa posibilidad de actuación que en la sección de calificación concede la Ley a los acreedores u otros interesados y no poderse continuar las actuaciones si el Fiscal y la administración concursal, únicos legitimados a tal fin, coinciden en calificar como fortuito el concurso, tal y como establece el art. 170.1 LC.

La reapertura del concurso constituye el complemento a la subsistencia de la responsabilidad de la deudora extinta a la que hacía referencia el art. 178.2 LC en su redacción anterior a la Ley 14/2013. La extinción de la persona jurídica como consecuencia de la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho, constituye un mecanismo impropio de exoneración de ese pasivo insatisfecho vinculado a la extinción de la personalidad y condicionado a la no aparición de nuevos bienes que determinen la reapertura del concurso²⁷¹. Su fundamento se encuentra en un efecto legal, la extinción de la sociedad, que, indirectamente, como consecuencia de la desaparición de la legitimación procesal, impedirá a sus acreedores reclamar judicialmente la deuda, efecto que, no obstante, se ve de algún modo atemperado por el instrumento de la reapertura en caso de aparición de nuevos bienes que permitan satisfacer total o parcialmente las deudas subsistentes, en caso de que aparezcan esos nuevos bienes, el concurso se reabre y de algún modo “resucita” la responsabilidad²⁷².

²⁷¹ En este sentido PULGAR EZQUERRA, J.: “Extinción y cancelación de sociedades de capital sin activo”. Op. Cit.

²⁷² Vid. A este respecto RDGRN de 17 de diciembre de 2012.

PARTE TERCERA

MECANISMOS PROPIOS DE EXONERACION DE PASIVO INSATISFECHO EN EL CONCURSO: LA “DISCHARGE”

I FUNDAMENTOS DE POLÍTICA JURÍDICA DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO O “DISCHARGE”

La exoneración del pasivo insatisfecho o, en terminología anglosajona, “*discharge*”, es un instrumento jurídico, en virtud del cual tras la conclusión de un procedimiento de insolvencia, el deudor persona física se ve liberado de la deuda no satisfecha en el seno del procedimiento concursal o tras el transcurso de un plazo establecido tras su conclusión²⁷³. Constituye, por tanto, una limitación del principio de responsabilidad patrimonial, en virtud del cual el deudor responde con todos sus bienes, presentes y futuros, del cumplimiento de sus obligaciones.

De este modo la exoneración del pasivo insatisfecho da sentido al procedimiento concursal de la persona física que se configura así como un instrumento hábil para la superación de la insolvencia del deudor, concediendo al deudor un “*fresh start*”, que le permita recomponer su vida económica.

A diferencia de lo que acontece con otras modalidades de exoneración de pasivo que denominamos impropias, como son el convenio con quita o la conclusión del concurso de persona jurídica con pasivo insatisfecho, la liberación de deudas es un mecanismo propio de exoneración de pasivo insatisfecho, ya que el efecto de la exoneración es directamente buscado por la norma y no se produce como consecuencia de otro hecho jurídico, como puede ser la extinción de la persona jurídica. Tampoco se vincula en modo alguno a la voluntad de los acreedores, como ocurre en el convenio con quita, tan solo al cumplimiento de determinados requisitos.

²⁷³ RUBIO VICENTE, P.J. “A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso”. Op. cit. Pág. 139.

La exoneración de deudas tiene su origen en el derecho anglosajón, en concreto en la legislación norteamericana. Así, la Bankruptcy Act de 1898 introdujo la discharge en Estados Unidos y desde allí ha servido de referente a otras legislaciones que han introducido esta figura en sus ordenamientos, convirtiéndose en un referente habitual de los sistemas concursales de los países de nuestro entorno más próximo. Tal vez a ello hayan contribuido las diversas iniciativas internacionales llevadas a cabo en esta materia. De este modo, podemos destacar las recomendaciones 194, 195 y 196 de la Guía UNCITRAL sobre procedimientos de insolvencia, que aconsejan la introducción de mecanismos de exoneración de deudas a favor de los deudores honestos, que permitan recomponer su vida económica; el Draft del Banco Mundial de octubre de 2012; o las iniciativas de la Unión Europea recogidas, entre otras, en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 5 de octubre de 2007, (Com (2007) 584 final) que tiene como enunciado: *“Superar el estigma del fracaso empresarial —Por una política que ofrezca una segunda oportunidad. Ejecución de la Asociación para el Crecimiento y el Empleo de Lisboa—*”, o el Informe del Grupo de expertos de la comisión Europea de enero de 2011 sobre: *“A second chance for entrepreneurs: prevention of bankruptcy, simplification of bankruptcy procedures and support for a fresh start”*, que contemplan el derecho del deudor a un fresh start. En nuestro derecho, tal beneficio para el deudor persona física sometido al procedimiento concursal se ha introducido por la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Básicamente existen dos modelos respecto al tratamiento concursal de la persona física insolvente²⁷⁴. El modelo anglosajón *“volver a empezar” (fresh start o discharge)*, adoptado también en algunos países europeos se basa en los principios de liquidación inmediata del patrimonio no exento del deudor y la condonación directa de las deudas no pagadas, a excepción de las deudas

²⁷⁴ Seguimos en este punto a CUENA CASAS, M. en “Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente (A propósito del Auto del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010)” en RDBB. Lex Nova, nº 125. Pág. 289 y ss. Sobre esta distinción entre los diversos sistemas también se ocupa REIFNER, U.: “Thou shall pay thy debts. Personal bankruptcy law and inclusive contract law”. Op. Cit. Pág. 194 y ss.

jurídicamente no condonables. Este modelo tiene como fundamentos la responsabilidad limitada del deudor, la división del riesgo con los acreedores y la necesidad de recuperar lo más rápidamente posible al deudor para la actividad económica y el consumo, además de una clara voluntad de no estigmatizar a la persona sobreendeudada.

Una vez ejecutado el patrimonio embargable del deudor persona física de buena fe, el pasivo restante queda exonerado por decisión judicial y sin consentimiento del acreedor. Aunque el deudor obtenga en el futuro nuevos ingresos, éstos no podrán ser utilizados para el pago de deudas anteriores a la declaración de concurso. El deudor puede “*volver a empezar*”, iniciar una nueva actividad empresarial o profesional con la tranquilidad de que los nuevos ingresos que genere podrán ser utilizados para crear más actividad económica y no serán embargados por los acreedores que no consiguieron cobrar en el procedimiento concursal. Constituye una medida fundamentada en razones humanitarias y económicas en cuanto incide en la productividad económica²⁷⁵.

A pesar de que a priori parece que el sistema absorbe la mala suerte del deudor, particularmente sus acreedores, se entiende que toda la sociedad se beneficia de la liberación del deudor, en tanto que exonerado de su pasivo pendiente, ésta recupera un miembro que puede ser productivo para la sociedad. Es la denominada teoría de la utilidad social o teoría humanitaria. Cuando un hombre honesto tiene mala suerte y quiebra financieramente, la sociedad no gana nada manteniéndolo hundido y, sobre todo, ello no beneficia a los acreedores puesto que de igual manera no van a ver satisfechos sus créditos por cuanto la supervivencia de sus derechos de crédito bloquea la capacidad productiva del deudor y por tanto, la posibilidad de cobro por parte de aquéllos²⁷⁶.

²⁷⁵ Implica lo que se ha venido a denominar “The death of the debt doctrine”. Vid. a este respecto REIFNER, U, “Thou shall pay thy debts. Personal bankruptcy law and inclusive contract law”. Op. Cit. Pág. 152 y ss.

²⁷⁶ CUENA CASAS, M. en “Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente (A propósito del Auto del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010)”. Op. Cit. Pág. 299 y ss.

El otro modelo vigente es el modelo de la rehabilitación, que prevalece en algunos países europeos, y se basa en la idea de que el deudor ha cometido una falta y merece ser ayudado, pero no por ello debe ser exonerado pura y simplemente del deber de cumplir con sus obligaciones (*pacta sunt servanda*). Este modelo, responsabiliza de algún modo al deudor de su situación de insolvencia y se centra en torno a la renegociación de las deudas con los acreedores con vistas a la aprobación de un plan global de reembolso. Este plan puede negociarse en los tribunales o por vía extrajudicial, y es importante el papel que desempeñan los servicios de asesoramiento y mediación en materia de deudas. La condonación de deudas no es nunca automática como en la ley americana. El deudor tendrá que pasar un período de prueba, durante el que destinará una parte de su renta al reembolso de la deuda restante. Sólo después de eso, y a condición de que haya tenido un comportamiento honesto y de buena fe, podrá beneficiarse de la condonación²⁷⁷.

La concesión de este beneficio se subordina al cumplimiento efectivo de ciertos requisitos de carácter sustantivo, previos y simultáneos a la celebración del procedimiento concursal, que, lógicamente, difieren de un ordenamiento a otro. En algunos casos, el efecto de la “*discharge*” se supedita a la observancia de otras condiciones y obligaciones posteriores durante un cierto período de tiempo desde la conclusión del concurso. Aunque analizaremos algunos de estos sistemas, algunos de estos requisitos se exigen en la mayoría de los ordenamientos.

Así, la figura de la exoneración o liberación del pasivo pendiente se aplica a las personas físicas, ya que las personas jurídicas que se liquidan en el procedimiento de insolvencia, se extinguen y, consecuentemente, también la deuda insatisfecha.

El deudor debe someterse a lo que se denomina “*test de discharge*”, quedando excluidos del beneficio aquellos supuestos en los que concurren comportamientos que por sí solos pueden desencadenar la situación de insolvencia o contribuyen de manera decisiva a ella, pero en las que subyace

²⁷⁷ Ibídem.

no sólo conciencia de su delicada situación económica sino, lo que es aún más grave, una clara voluntad de perjudicar el interés económico de los acreedores en provecho propio y, por tanto, su falta de honestidad y particular situación de demérito en que se encuentra el deudor²⁷⁸. Se trata de proteger al deudor de buena fe, honesto, pero desafortunado, excluyendo del beneficio al que ha llevado a cabo conductas censurables.

En cuanto a los efectos, la liberación extingue las deudas anteriores a la declaración del concurso, incluso aunque no hubieran insinuadas en el mismo. Al producirse la extinción de la deuda por efecto legal y no por voluntad de los acreedores, es por lo no estamos ante una condonación²⁷⁹, que comporta una renuncia del titular del derecho y depende, por tanto, de una manifestación de la voluntad del acreedor, por lo que por su origen legal, desvinculado de la voluntad de la contraparte, por más que sus efectos sean similares, estamos ante una categoría autónoma de extinción de las obligaciones²⁸⁰.

No obstante, en la mayoría de los sistemas que admiten tal figura, determinadas categorías de deudas quedan excluidas. Se excluyen la deudas alimenticias y, normalmente, las derivadas de obligaciones extracontractuales. En el primer caso el hecho de que la deuda tiene carácter asistencial y su origen se encuentre en las relaciones de solidaridad y asistencia mutua que subyacen a las relaciones familiares justifica la exclusión; en el segundo la justificación estriba en el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre con las obligaciones contractuales, el acreedor no ha podido elegir a su deudor.

También, aunque es más criticable, suelen quedar excluidas las obligaciones tributarias y la de carácter sancionatorio. En cuanto a las primeras no dejan de ser créditos concursales, que no debieran verse privilegiados haciéndose inmunes frente a los efectos de la liberación, en relación a lo que acontece con el resto de acreedores. Respecto a los segundos se trata normalmente de créditos subordinados que de este modo estarían más

²⁷⁸ RUBIO VICENTE, P.J. "A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso". RcP. Op. Cit. Pág. 143 y ss.

²⁷⁹ La condonación de la deuda constituye un modo de extinción de las obligaciones regulado en los arts. 1156 y 1187 a 1191 CC.

²⁸⁰ En este sentido FERNÁNDEZ CARRIÓN, C." El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas". Op. Cit. Pág. 138 y ss.

protegidos que créditos de mejor rango, como los ordinarios o incluso los privilegiados.

Por lo general, la liberación de deudas no se extiende a los obligados solidarios, garantes o fiadores del deudor, manteniendo el acreedor incólumes sus acciones frente a estos coobligados, puesto que el carácter excepcional del instrumento de la liberación de deudas comporta su aplicación restrictiva, sin que pueda extenderse a sujetos distintos de sus beneficiarios, debiendo, en cuanto sea compatible, mantenerse las garantías constituidas para asegurar la efectividad del crédito.

La “*discharge*”, de este modo, proporciona al Derecho concursal una herramienta para que proceda al cumplimiento de una función social allí donde la evolución económica general sea desfavorable y el deudor por su acreditada diligencia y honestidad sea merecedor de una segunda oportunidad, sin incurrir en otro caso en soluciones manifiestamente antisociales y, en consecuencia, difícilmente aceptables²⁸¹.

A continuación analizaremos las iniciativas internacionales llevadas a cabo en relación a la “*discharge*” y estudiaremos como se regula la misma en los derechos norteamericano, italiano, francés, alemán, portugués y belga.

²⁸¹ PULGAR EZQUERRA, J., “Concurso y consumidores en el marco del Estado social de bienestar”, en RcP. Op. Cit. Pág. 60. En similares términos se posiciona RUBIO VICENTE, P.J. “A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso”. RcP. Op. Cit. Pág. 140.

II INICIATIVAS INTERNACIONALES EN RELACIÓN A LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO EN SITUACIONES DE INSOLVENCIA

Son diversas las iniciativas que en el ámbito de la cooperación internacional se han desarrollado en relación a los mecanismos de exoneración o liberación de deudas insatisfechas tras un proceso de insolvencia. Las más importantes se han dado en el seno de las Naciones Unidas a través de la Guía UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia, en el Banco Mundial y, en un ámbito más próximo, las que se han desarrollado por la Unión Europea.

1.- GUÍA LEGISLATIVA DE UNCITRAL SOBRE EL RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA

La Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia²⁸² fue preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL). La iniciativa tuvo su origen en una propuesta formulada a la Comisión en 1999 en el sentido de que ésta realizara trabajos ulteriores acerca del régimen de la insolvencia, concretamente la insolvencia de las sociedades mercantiles, a fin de promover y alentar la adopción en el derecho interno de regímenes eficaces en esa materia. Las negociaciones finales sobre el proyecto de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia tuvieron lugar durante el 37º período de sesiones de la CNUDMI, celebrado en Nueva York del 14 al 21 de junio de 2004, y el texto fue adoptado por consenso el 25 de junio de 2004.

La finalidad de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia es, según su propia Introducción, contribuir a la creación de un marco jurídico eficaz y eficiente para regular la situación de los deudores que tengan dificultades financieras. La Guía se ha concebido, por tanto, como instrumento

²⁸² Un estudio detallado de esta Guía puede verse en: "Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia", MORAN BOVIO, D. Coord. Monografías de la RcP. Ed. La Ley. Nº 5/2006.

de referencia al que puedan recurrir las autoridades nacionales y los órganos legislativos al preparar nuevas leyes y reglamentaciones o al plantearse una revisión de las ya existentes. También puede servir como instrumento de armonización ante la diversidad legislativa sobre la materia. Con el asesoramiento que se ofrece en la Guía se pretende, por una parte, abordar la necesidad de resolver con la mayor rapidez y eficiencia posibles las dificultades financieras del deudor y, por otra, tener en cuenta los intereses de las diversas partes directamente afectadas por esas dificultades financieras, que son principalmente los acreedores, así como otras partes que tienen intereses en los negocios del deudor, a lo que han de añadirse diversas consideraciones de orden público.

La Guía analiza en su primera parte nueve objetivos fundamentales: Generar seguridad en el mercado a fin de promover la estabilidad y el crecimiento económicos; obtener el máximo valor posible de los bienes; ponderar las ventajas que ofrece el cobro a corto plazo de la deuda mediante la liquidación, con las que entraña preservar el valor de la empresa del deudor mediante la reorganización; tratar de manera equitativa a los acreedores que se encuentren en circunstancias semejantes; lograr un régimen de la insolvencia que ofrezca una solución rápida, eficiente e imparcial de la insolvencia; preservar la masa de la insolvencia para evitar que el patrimonio del deudor resulte prematuramente desmembrado por acciones individuales de los acreedores encaminadas a realizar sus respectivas deudas; alcanzar un régimen de la insolvencia transparente y previsible que proporcione incentivos para reunir y facilitar información; reconocer los derechos que corresponden a los acreedores y establecer reglas claras para determinar el grado de preferencia de los créditos; y finalmente, el establecimiento de un marco para la insolvencia transfronteriza.

La Guía se estructura en su segunda parte en seis grandes apartados relativos a: solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia; tratamiento de los bienes al abrir un procedimiento de insolvencia; participantes; reorganización; administración del procedimiento; y por último el relativo a la conclusión del procedimiento. Es precisamente en este apartado, bajo el epígrafe A, en el que se hace referencia a la exoneración, tanto en el ámbito de

la liquidación, como en el de la reorganización de deudas, abarcando las recomendaciones 194 a 196.

La exoneración en la Guía se centra en tratar de otorgar al deudor persona física una liberación equivalente a la de la persona jurídica, que ve como con la extinción de su personalidad al final del proceso se ve de facto liberada de sus deudas y se fundamenta en facilitar un comienzo renovado *fresh start* de sus actividades empresariales²⁸³

La Guía parte de una premisa: La necesidad de reconocer que el fracaso de una empresa es un hecho natural en una economía, así como de aceptar que tanto las empresas débiles como las sólidas pueden fracasar, aunque por distintas razones, sin que ello implique necesariamente una conducta irresponsable, temeraria o dolosa por parte de los directivos de la empresa. Al contrario, como se razona en la Guía, una persona cuya empresa haya fracasado puede extraer enseñanzas de esa experiencia y algunos estudios indican que esas personas logran a menudo un gran éxito en proyectos empresariales posteriores.

Ello ha dado lugar, como se expone en la Guía y se analizará a continuación, a que varios Estados hayan decidido adoptar regímenes de la insolvencia que no se limitan a regular la administración de la insolvencia, sino que también brindan una nueva oportunidad a los deudores insolventes, despejando su situación financiera y adoptando otras medidas para mitigar el estigma social que sufre toda empresa declarada en quiebra, en vez de centrarse en sancionar al deudor. Pero no solo esto es suficiente, además, es necesario promover un cambio de actitud de los bancos y de la sociedad en general ante la quiebra, y prever asistencia y apoyo para los empresarios afectados. Al mismo tiempo, es preciso que el régimen de la insolvencia proteja a la comunidad mercantil y al mercado en general contra los deudores que administren sus asuntos financieros de manera irresponsable, temeraria o deshonesto. La Guía recomienda, por tanto, encontrar un punto de equilibrio

²⁸³ MORÁN BOVIO, D.: “Procedimiento” en “Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia”, Op. Cit. Pág. 175.

entre el derecho a un *fresh start* y la sanción e incluso eliminación del tráfico mercantil, de aquellos que han actuado de un modo irresponsable.

A partir de este principio la Guía analiza el fenómeno de la exoneración de las deudas insatisfechas en el procedimiento de insolvencia a través de dos vías distintas: La liquidación y la reorganización.

En el caso de la liquidación se constata la discriminación existente entre la persona física y la jurídica, dado que cuando el deudor sea una sociedad de responsabilidad limitada, la cuestión de la exoneración una vez efectuada la liquidación no se plantea; en general, la legislación prevé la cancelación registral y la desaparición de la empresa como persona jurídica o, alternativamente, que siga existiendo, aunque ya no sea más que una estructura sin bienes. Los titulares de acciones no serán responsables de los créditos residuales y la cuestión de su exoneración no se planteará más allá de la eventual responsabilidad de la sociedad registralmente cancelada, cuyo régimen jurídico en Derecho Español se ha unificado para las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada en el marco de la Ley de Sociedades de Capital. Si la empresa del deudor adopta una forma diferente, como la de sociedad unipersonal, asociación de cuentas, o una entidad cuyos propietarios tengan responsabilidad ilimitada, se planteará la cuestión de si esos deudores, como personas, seguirán siendo responsables de los créditos no reembolsados tras la liquidación.

Sin embargo el tratamiento es distinto en el caso de la persona física ya que, en principio, concluido el concurso subsiste su responsabilidad patrimonial ilimitada ex art. 1911 CC, regulando los distintos regímenes de la insolvencia en modos diversos la cuestión de la exoneración de un deudor que sea persona física. Con arreglo a algunos de ellos, un deudor insolvente no puede ser exonerado hasta que pague todas sus deudas, frente a lo que acontece en otros regímenes, en los que el deudor sigue siendo responsable del pago de los créditos no satisfechos hasta que expire el plazo de prescripción requerido, tras lo cual se le podrá conceder la exoneración.

Incluso subsistiendo esa responsabilidad, algunos de esos regímenes pueden imponer también al deudor varias condiciones y restricciones en

relación con sus actividades profesionales, comerciales y personales, por ejemplo, actuar como miembro del consejo de administración de una sociedad mercantil, manifestando ello la importancia de la relación entre el deudor y el acreedor, como se resalta en la Guía. Así, el hecho de que el deudor siga siendo responsable después de la liquidación tiene la doble finalidad de moderar la conducta financiera del deudor y de alentar al acreedor a conceder créditos financieros. Al mismo tiempo, ese enfoque puede tener el inconveniente de impedir que el empresario aproveche nuevas oportunidades, de frenar toda actividad innovadora y empresarial, dada la severidad de las sanciones previstas en caso de incumplimiento, y de disuadir a los deudores de solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia.

Por el contrario, otros regímenes prevén la exoneración completa de todo deudor honrado, en el que no concurra dolo, inmediatamente después de la distribución en un procedimiento de liquidación. Este criterio hace hincapié en el beneficio de la “nueva oportunidad” o *“fresh start”* del deudor de buena fe, que entraña la exoneración y a menudo está destinado a fomentar el desarrollo de una clase empresarial, lo que no hace sino reconocer que el sobreendeudamiento es un fenómeno real en todas las economías actuales que todo régimen de la insolvencia debe abordar. En una postura intermedia otros sistemas prevén la exoneración del deudor una vez transcurrido un determinado período contado a partir de la fecha de la distribución, durante el cual se espera que el deudor se esfuerce de buena fe para cumplir sus obligaciones pendientes.

La Guía pone de manifiesto, no obstante, que la exoneración no es un derecho incondicional ya que en algunas circunstancias todos los regímenes limitan la posibilidad de exoneración. Esas circunstancias varían de un régimen a otro, pero pueden incluir casos en que el deudor haya actuado con dolo, haya estado involucrado en actividades delictivas, infringido leyes laborales o de protección del medio ambiente, no haya llevado la contabilidad adecuada, no haya participado de buena fe en el procedimiento de insolvencia o no haya cooperado con el representante de la insolvencia, no haya facilitado o haya retenido u ocultado activamente información, haya proseguido sus actividades mercantiles ya a sabiendas de que era insolvente, haya contraído deudas sin

una esperanza justificable de poder reembolsarlas y haya ocultado o destruido bienes o documentos tras la solicitud de apertura del procedimiento. En suma, solo el deudor de buena fe, debe ser el merecedor del beneficio.

También la naturaleza de las deudas suele incidir en la posibilidad de su exoneración, pudiendo algunos tipos de deudas quedar excluidas de la exoneración, por ejemplo las derivadas de daños extracontractuales o de acuerdos de alimentos o de pensión alimentaria (pagos al cónyuge divorciado o para el sustento de los hijos del deudor); las deudas fraudulentas; las deudas basadas en multas impuestas como sanción sustitutiva de la pena de prisión y las deudas fiscales.

Junto a estos requisitos también se contempla la posibilidad de exigir condiciones al deudor y sus actividades, ya sea durante el procedimiento o como requisito para la exoneración, lo que puede ser propuesto por el representante de la insolvencia o el tribunal. Esas condiciones pueden comprender restricciones a la capacidad del deudor para obtener nuevo crédito, salir del país, realizar actividades mercantiles durante cierto tiempo o para ejercer su profesión durante un determinado período. También puede supeditarse la concesión de una exoneración a que el deudor no adquiera posteriormente una fortuna de valor considerable con la que podría reembolsar deudas anteriores, variando la duración de la aplicación de estas restricciones según la situación del deudor, siendo también frecuente la limitación del número de veces que puede exonerarse a un deudor. En algunos ordenamientos sólo se permite una exoneración, debiendo en otros transcurrir un determinado plazo, como, por ejemplo, diez años, antes de que el deudor pueda tener derecho a una nueva exoneración o incluso a iniciar un procedimiento de insolvencia en el que pueda obtener una nueva exoneración.

Otro enfoque consiste en restringir la exoneración al deudor que haya obtenido una liberación de sus deudas durante un cierto período antes de la apertura del procedimiento en curso y cuando los pagos realizados durante ese procedimiento anterior hayan sido inferiores a un determinado porcentaje.

Según la Guía la elección entre esas opciones debe sopesar los objetivos fundamentales de un régimen de la insolvencia, teniendo en cuenta

los posibles motivos de exoneración del deudor y la necesidad de sancionar ciertas conductas. Podría hacerse una distinción entre un proceder inapropiado y tal vez negligente y un proceder que llegue a tener carácter delictivo. Si la finalidad implícita del régimen de la insolvencia es superar las dificultades financieras del deudor y facilitarle un nuevo comienzo a fin de fomentar la actividad empresarial y asumir sus riesgos, podrá exonerarse, tras la liquidación, a todo deudor honrado que se haya mostrado dispuesto a cooperar y que haya cumplido sus obligaciones conforme al régimen de la insolvencia, imponiéndole restricciones mínimas. Si el criterio consiste en imponer restricciones drásticas a esos deudores y permitir la exoneración solamente al cabo de mucho tiempo, después de que hayan cumplido numerosas condiciones, cabrá deducir que la finalidad subyacente es castigar a los deudores, en vez de promover su rehabilitación. Sería más apropiado imponer restricciones y condiciones cuando el deudor no haya obrado con honradez, no haya cooperado con el representante de la insolvencia o no haya cumplido sus obligaciones conforme al régimen o, en casos más extremos, cuando haya incurrido en una conducta delictiva. En cualquier caso, cuando un régimen de la insolvencia prevea la imposición de condiciones y la exclusión de ciertas deudas de la exoneración, será conveniente que esas condiciones y exclusiones sean mínimas. En la medida de lo posible, y por razones de transparencia y previsibilidad, convendría enunciar en el régimen legal regulador los tipos de deudas que no podrán ser objeto de exoneración.

Una cuestión sobre la que se detiene la Guía es la regulación de la posibilidad de exonerar de sus deudas a personas físicas que se dediquen a una actividad mercantil debido al solapamiento entre el “*endeudamiento comercial*” y el “*endeudamiento del consumidor*”. Varios Estados, conscientes de que la insolvencia de las personas físicas se regula de diferentes modos (en algunos Estados no puede declararse en quiebra a personas físicas, mientras que en otros se exige que la persona haya actuado en calidad de “comerciante”) y de que muchos Estados no disponen de un régimen sólido que regule la insolvencia del consumidor, han adoptado regímenes de la insolvencia que procuran distinguir entre los deudores que son simplemente consumidores y aquellos cuyas obligaciones se derivan de pequeñas

empresas. Puesto que con frecuencia se utilizan préstamos personales para financiar pequeñas empresas, ya sea como capital inicial o como fondo de operaciones, puede ocurrir que no siempre sea posible dividir las deudas en categorías claras. Por esa razón, cuando un ordenamiento jurídico reconoce tanto las deudas comerciales como las deudas de consumidores, sugiere la Guía que tal vez carezca de sentido adoptar normas que regulen las deudas comerciales de personas físicas que difieran de las reglas aplicables a las deudas de consumidores.

En cualquier caso se destaca que la exoneración de un deudor que sea persona física no suele afectar a la responsabilidad de un tercero que haya garantizado las obligaciones de ese deudor.

Se analizan así mismo en la Guía la exoneración de deudas y modificación de créditos en procedimientos de reorganización. Así, con la finalidad de que el deudor cuya empresa se reorganice tenga mayores posibilidades de salir adelante, el régimen de la insolvencia puede disponer la exoneración de las deudas o la modificación de los créditos cuando tal exoneración o modificación se haya previsto en el plan de reorganización. Este criterio respalda el objetivo de fomentar la seguridad en el comercio al dar carácter vinculante a la condonación, la cancelación o modificación de las deudas conforme al plan aprobado. Este principio es particularmente importante para garantizar el cumplimiento del plan por parte de los acreedores que lo rechazaron y de los que no participaron en el procedimiento de aprobación. Asimismo, permite a otros prestamistas e inversionistas saber con certeza que no tendrán que hacer frente a una liquidación imprevista ni a créditos ocultos o no declarados, garantizando de este modo, la exoneración de manera inequívoca que en el plan se atienda plenamente a los derechos de los acreedores.

La exoneración concedida de este modo podrá surtir efecto a partir del momento en que el plan adquiriera eficacia conforme al régimen de la insolvencia o a partir del momento en que se hubiera ejecutado en su totalidad, disponiéndose en algunos regímenes que en el caso de que el plan no se

ejecutara en su totalidad o de que fracasara su ejecución se anule la exoneración.

En base a las anteriores consideraciones la Guía establece cuál debe ser la finalidad de las disposiciones legislativas. De este modo, las disposiciones sobre la exoneración del deudor tienen por objeto: *“a) Permitir que un deudor que sea una persona física quede definitivamente exonerado del pago de sus deudas anteriores a la apertura del procedimiento, dándole así la oportunidad de comenzar de nuevo;*

b) Determinar las circunstancias en que podrá concederse la exoneración y las condiciones de su concesión.”

A tal fin se establecen las recomendaciones 194, 195 y 196. La recomendación 194 establece las circunstancias en virtud de las cuales debería reconocerse un régimen de exoneración, disponiendo que: *“Cuando una persona física pueda acogerse al régimen de la insolvencia en calidad de deudor, convendría regular la cuestión de la exoneración del deudor de su responsabilidad por las deudas contraídas antes de la apertura del procedimiento. El régimen de la insolvencia podrá disponer que la exoneración no se conceda hasta la expiración de un plazo concreto, contado a partir de la fecha de apertura del procedimiento, durante el cual se espera que el deudor coopere con el representante de la insolvencia. Al expirar el plazo, el deudor podrá quedar exonerado si no ha actuado fraudulentamente y si ha cooperado con el representante de la insolvencia en el cumplimiento de las obligaciones que le imponga el régimen de la insolvencia. El régimen podrá prever la revocación de toda exoneración obtenida por medios fraudulentos.”*

La Guía asume así la exoneración como una solución a la insolvencia de las personas físicas que debería contemplarse por las legislaciones que permitan a las personas físicas acudir a procedimientos de insolvencia. En cualquier caso, a este beneficio solo podrán acceder los deudores de buena fe y, normalmente tras un periodo de observación o buena conducta.

Sobre la naturaleza de las deudas objeto de la exclusión se ocupa la recomendación 195 al establecer que: *“Cuando el régimen de la insolvencia*

prevea que ciertas deudas se excluirán de la exoneración, convendrá reducir al mínimo las deudas excluidas con objeto de facilitar que el deudor pueda reemprender su negocio sobre una base firme, y enunciar claramente tales exclusiones en el régimen de la insolvencia.” Se parte de la idea de un régimen lo más amplio posible de exoneración que garantice su finalidad primaria que es que el deudor pueda reemprender su negocio desde una base firme.

Este criterio se sigue también en relación a las condiciones que puedan imponerse para conceder la exoneración en la recomendación 196 que establece que: *“Cuando el régimen de la insolvencia disponga que podrán imponerse condiciones para conceder la exoneración al deudor, convendrá reducir al mínimo esas condiciones con objeto de que el deudor pueda reemprender su negocio sobre una base firme y enunciarlas claramente en el régimen.”*

La Guía se convierte así en un instrumento esencial para entender cómo funciona el régimen de exoneración de deudas en los distintos países, extrayendo conclusiones relevantes, determinando los principios sobre los que se asienta y formulando unas recomendaciones que deberían servir de guía a las futuras regulaciones nacionales en materia de insolvencia.

2.- DRAFT DEL BANCO MUNDIAL DE OCTUBRE DE 2012 DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

El *“Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force”* redactado por el *“Working Group on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons”*²⁸⁴, constituye un documento de especial relevancia en orden al análisis de las

284

Disponible en <http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBPersonalInsolvencyReportOct2012DRAFT.pdf>. El documento se basa en las recomendaciones de las normas UNCITRAL y en trabajos anteriores del propio Banco Mundial como el encuentro del grupo de trabajo sobre Regímenes de insolvencia acreedor/deudor celebrado en Washington DC en enero de 2011 en el que se abordó la necesidad de crear regímenes de insolvencia para la persona física y su conexión con la expansión del crédito y la estabilidad financiera, disponible en http://siteresources.worldbank.org/EXTGILD/Resources/WB_TF_2011_Consumer_Insolvency.pdf.

distintas soluciones a la insolvencia de las personas físicas, sus beneficios y su problemática. En el mismo se desarrollan las soluciones que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos a este problema y se ocupa especialmente de la “*discharge*”.

En el estudio se afirma que la instauración de sistema de tratamiento de la insolvencia de las personas físicas lleva aparejado una serie de beneficios, no solo para los deudores y sus familias, sino también para los acreedores y la sociedad en general.

Respecto de los acreedores porque la adopción de un sistema de insolvencia constituye un medio más eficiente y eficaz de aumentar el pago a los acreedores frente a las acciones individuales de cada uno de ellos y, a su vez, permite mejorar la distribución justa de los pagos entre todos los acreedores. Estos beneficios y los argumentos que las sustentan son en gran medida idénticos en el contexto de la insolvencia de los deudores que se dedican a negocios y los consumidores “puros”, y han existido prácticamente sin cambios desde la llegada misma de la idea de una respuesta formal a las dificultades financieras²⁸⁵.

Tal vez aún más evidente que el aumento de pago a los acreedores, ha sido la prestación de socorro al deudor honesto pero desafortunado el objetivo principal de los regímenes de insolvencia de las personas físicas. Los sistemas para el tratamiento de la insolvencia suele proporcionar a menudo un alivio directo e inmediato al estrés, la ansiedad y otras reacciones negativas emocionales y físicas asociados a la incapacidad para manejar las deudas, de la presión que comporta y la el riesgo de bajo rendimiento en su actividad económica, profesional o laboral que dificulta todavía más el cumplimiento de sus obligaciones. Los estudios de los deudores en los sistemas de insolvencia han puesto de manifiesto la tremenda sensación de alivio que una simple moratoria, aunque sea temporal, puede ofrecer a los deudores cargados de ansiedad de culpa o de vergüenza que se encuentran sin ningún tipo de ayuda. Lo que ha llevado a concluir a legisladores de todo el mundo que el alivio del sufrimiento de estos deudores es un objetivo valioso en sí mismo. Un

²⁸⁵ Ibídem Pág. 19 y 20.

conjunto importante de beneficios va más allá del deudor y se extiende a su familia, especialmente los niños. Los cónyuges y, en particular, los hijos de los deudores en dificultades sufren por causas ajenas y son especialmente merecedoras de compasión y alivio, un régimen específico de insolvencia les permite, de algún modo aliviar o mejorar esa situación²⁸⁶.

Como se afirma en el citado informe²⁸⁷ si las dificultades financieras son un fenómeno aislado, que afecta sólo a pequeños grupos de personas, un régimen legal para el tratamiento de la insolvencia no podría ser considerado como un imperativo moral y político. Los beneficios para los pocos acreedores y deudores involucrados sería el mismo que el expuesto anteriormente, pero estos beneficios no justifican los esfuerzos y otros gastos significativos de la creación y administración de un sistema de este tipo. Los objetivos principales de un régimen de la insolvencia de las personas físicas, no se basa tanto en beneficios aislados a los acreedores y deudores específicos, sino más bien sobre los beneficios más generalizados para la sociedad en general en la que los acreedores y los deudores tienen importante influencia indirecta.

Por lo tanto, en las sociedades que carecen de una base amplia de casos de deudores en problemas, o si estos problemas se abordan con eficacia por las respuestas culturales tales como la responsabilidad colectiva dentro de las familias, tribus o pueblos, un régimen de insolvencia para personas físicas no puede servir a un propósito suficientemente importante como para justificar los costos de implementación. Pero donde los métodos tradicionales de recurso colectivo han comenzado a descomponerse, la respuesta legal bien puede justificarse a la luz, no tanto de los beneficios deseados para los individuos, sino sobre los beneficios que fluyen a través de la red de relaciones en las sociedades complejas.

Estos beneficios para la sociedad pueden agruparse en dos categorías. Una categoría abarca una variedad de beneficios asociados a disciplinar a los acreedores a reconocer la realidad del escaso efecto de sus demandas individuales contra los deudores en dificultades, internalizar los costos de su

²⁸⁶ Ibídem Pág. 24 y ss.

²⁸⁷ Ibídem Pág. 26 y ss.

laxitud en la evaluación crediticia, y en la equitativa redistribución de los costos entre la sociedad que se beneficia de la disponibilidad de crédito. La otra categoría se centra en los beneficios intranacionales e internacionales de participación y maximizar la productividad de los deudores, sobre todo teniendo en cuenta el mercado global cada vez más competitivo. De este modo, se produce la reducción de los costos de la enfermedad, el riesgo de actividades delictivas, el desempleo y otros costos relacionados con el bienestar. Asimismo se incrementa la recaudación tributaria al producirse un aumento de la producción y, en consecuencia, de la renta imponible. Se procede a una maximización de la actividad económica y al fomento del espíritu empresarial, lo que conduciría a la mejora de la estabilidad y previsibilidad en conjunto del sistema financiero y de la economía en general, produciendo como efecto una prevención del fraude y del estigma social.

Entre las soluciones, el informe alude a la liquidación del patrimonio del deudor estableciendo un listado amplio de bienes exentos; al plan de pagos, al pago de deudas garantizadas con hipoteca, especialmente cuando se trata de la vivienda habitual, y a la liberación de deudas o “*discharge*”.

En relación a la “*discharge*”²⁸⁸ se afirma que es un beneficio que debería cumplir con las condiciones que ha de cumplir cualquier sistema de insolvencia de las personas físicas ya que, en primer lugar, el deudor tiene que ser liberado de una deuda excesiva. En segundo lugar, el deudor debería ser tratado en pie de igualdad con los no deudores después de recibir la “*discharge*”, lo que se vincula al principio de no discriminación. En tercer lugar, el deudor debe ser capaz de evitar ser excesivamente endeudado de nuevo en el futuro, lo que puede requerir una regulación tendente a garantizar un préstamo responsable y evitar la concesión abusiva de crédito y que deberá impedir el recurso sucesivo por parte del deudor a este tipo de beneficio. La “*discharge*” será especialmente útil para conseguir un “*fresh start*” en deudores con muy escasos recursos, evitándose acudir a un plan de pagos quedando de este modo liberado definitivamente liberado de la deuda. En este sentido el informe destaca que deben reducirse al máximo las deudas que pueden ser excluidas

²⁸⁸ Ibídem Pág. 113 y ss.

de la “*discharge*”, pues de otro modo se frustraría su finalidad, limitándose esa exclusión a las deudas de carácter alimenticio y vinculadas a las relaciones familiares, las derivadas de multas y sanciones por su relación con un comportamiento culpable del deudor que no puede ser beneficiado, discutiéndose si también deben ser excluidas las deudas tributarias y los efectos que debe producir la liberación en relación a los avalistas y garantes. Por último, se destaca que, si bien muchos sistemas exigen un pago parcial de la deuda para acceder al beneficio de la liberación de deudas, ese requisito no podrá impedir que deudores sin ningún recurso, que se encuentren en la misma situación no puedan beneficiarse de la “*discharge*”.

3.- INICIATIVAS EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

También desde la Unión Europea se ha abordado el tema del sobreendeudamiento de los particulares y de la liberación de deudas²⁸⁹, si bien, al menos inicialmente, la mayoría de los esfuerzos han ido dirigidos a la adopción de medidas de carácter preventivo dirigidas, fundamentalmente, al tratamiento de la prevención del sobreendeudamiento de los particulares, la concesión abusiva del crédito y el préstamo responsable, como la Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, del Consejo, de aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados

²⁸⁹ Sobre las iniciativas llevadas a cabo en el seno de la Unión Europea en esta materia puede verse a: PULGAR EZQUERRA, J.: “Concurso y consumidores en el marco del Estado social de bienestar en RcP”. La Ley, nº 9. Pág. 43 y ss.; PULGAR EZQUERRA, J.: “El presupuesto objetivo de la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores” en Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar. Cuenca Casas, M. y Colino Mediavilla, J.L. Coord. Cizur Menor, 2009. Pág. 95 y ss.; ÁLVAREZ VEGA, M.I., “La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente”. Cizur Menor, 2010. Pág. 56 y ss.; RUBIO VICENTE, P.J.: “La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo: a propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas (asunto 671/2007-C 4, concurso sección 1ª)”. RcP, La Ley nº 14/2011. Pág. 229 y ss.; TAMAYO HAYA, S.: “El sobreendeudamiento de los consumidores” en El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los consumidores. TOMILLO URBINA, J. director, ÁLVAREZ RUBIO, J. coordinador. Cizur Menor 2008. Pág. 356 y ss.; TRUJILLO DÍAZ, I.J.: “El sobreendeudamiento de los particulares”, disponible en www.ecri.be/media/retail_finance-papers/Sobreendeudamiento-spanish-Trujillo.pdf. Pág. 25 y ss.

miembros en materia de crédito al consumo, así como en los documentos concernientes a la prestación de servicios financieros a los consumidores.

No obstante, una política de tratamiento del sobreendeudamiento y la insolvencia del consumidor debe abordarse desde un doble ámbito: de un lado, desde la prevención de las situaciones de sobreendeudamiento y de su posterior agravamiento en insolvencia y, de otro, desde una vertiente que podríamos calificar curativa, relativa a los mecanismos a través de los cuales deben abordarse aquellas situaciones en que el deudor no puede afrontar el cumplimiento regular de sus obligaciones²⁹⁰, es decir abordar la búsqueda de soluciones reales al problema de la insolvencia de la persona física en general y de los consumidores en particular.

En este ámbito y relacionado estrechamente con el problema del sobreendeudamiento se ha planteado la posibilidad de la cancelación de deudas como institución susceptible de solucionar tal situación y de evitar la “exclusión social”. Esta es precisamente una de las propuestas que se defiende en relación con el tema del sobreendeudamiento de los consumidores, contenida en el Informe de la Comisión CEE sobre aplicación de la Directiva 87/102/CEE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de Crédito al Consumo, de 11 de mayo de 1995, (COM (95) 117, final, apdos. 35 y 364 a 383), en el que el grupo de expertos aboga por una normativa armonizada en esta materia y contempla la elaboración de un plan de reembolso realista que permita al deudor y a su familia cumplir sus compromisos a lo largo de varios años e, igualmente, alude a la facultad de cancelación de las deudas tras el cumplimiento por el deudor de un plan de duración razonable.

Igualmente es preciso destacar la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, “Proyecto de informe conjunto sobre la integración social” (COM (2001) 565 final), que en su apartado 3.2.2 hace referencia al concepto de

²⁹⁰ PULGAR EZQUERRA, J.: “El presupuesto objetivo de la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores”. Op. Cit. Pág. 96.

exclusión social como consecuencia ligada al sobreendeudamiento que debe solventarse a nivel comunitario.

Esta misma línea de armonización en relación al sobreendeudamiento y las posibles soluciones al mismo se desprende de la Resolución 2001/C, 364/01 del Consejo de la Unión Europea, de 26 de noviembre de 2001, sobre control del crédito y endeudamiento de los consumidores, que ante el temor a la incidencia en la consecución del mercado único destaca el excesivo crecimiento del crédito y las divergencias entre los Estados miembros en cuanto al trato preventivo, social, jurídico y económico de este fenómeno, que pueden provocar marcadas disparidades tanto entre los consumidores europeos como entre los proveedores de crédito (apdos. 6, 10 y 11). Por este motivo se *“Invita a los Estados y a la Comisión a examinar lo antes posible las vías y medios para garantizar el seguimiento de la evolución del endeudamiento y del endeudamiento excesivo de los consumidores dentro del mercado interior mediante el intercambio de información a nivel europeo sobre todo en los que se refiere al nivel de endeudamiento y las práctica idóneas”* (apdo. 15).

La Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, relativa a los Contratos de Crédito al Consumo, por la que se deroga la Directiva 87/102/CE aborda esta cuestión en el Considerando 26. En él se exige a los Estados miembros la necesidad de adoptar medidas adecuadas para promover unas prácticas responsables en todas las fases de la relación crediticia, cuando afirma: *“En un mercado crediticio en expansión, en particular, es importante que los prestamistas no concedan préstamos de forma irresponsable o sin haber evaluado previamente la solvencia del prestatario, y que los Estados miembros lleven a cabo el control necesario para evitar tales comportamientos, así como las medidas necesarias para sancionar a los prestamistas en el caso de que ello ocurra... Los prestamistas deben tener la responsabilidad de controlar individualmente la solvencia del consumidor”*.

Esta obligación se desarrolla en el art. 8 de la Directiva y se traduce en un deber de adecuación de la información proporcionada y de asistencia y aseguramiento en su caso en la adopción de la decisión. De donde se deduce

la firme voluntad de extender este principio de préstamo responsable a escala europea tanto en interés de los consumidores como de los propios acreedores en atención a su carácter preventivo del sobreendeudamiento²⁹¹. Se trataría así de aplicar un reparto equitativo de las responsabilidades entre prestamista y prestatario en relación a la concesión y obtención del crédito²⁹²

Por ello, como se ha apuntado por algún autor, cabría pensar que de forma indirecta la exoneración del pasivo podría contribuir a ello de forma decisiva ante las graves consecuencias para el concedente derivadas de su aplicación, lo que llevaría en último término a ser especialmente cuidadoso con la solvencia del potencial beneficiario. A este respecto, y sin perjuicio de la eventual sanción administrativa derivada de la realización de un préstamo irresponsable, tampoco sería descartable la posibilidad de exigir responsabilidad contractual al concedente y compensar así el deber de restitución del préstamo por el deudor. Lo que al fin y al cabo no dejaría de ser otra forma de exoneración del pasivo, al menos en este concreto ámbito jurídico²⁹³.

El problema de la liberación de las deudas y del fresh start también se ha abordado en relación a los empresarios individuales, donde el problema del pasivo insatisfecho y la responsabilidad patrimonial subsistente, adquiere significación propia.

El Informe Sumario del Proyecto del “Procedimiento Best” sobre Reestructuración, Quiebra y Nuevo Comienzo de la Dirección General de Empresa de la Comisión Europea, de septiembre de 2003, ya aborda esta cuestión en su apartado 3.3.4, si bien subordinándola al cumplimiento de ciertas condiciones al suponer esta medida un tratamiento de gracia. Así se exigiría consentimiento de los acreedores pago de parte de las deudas cuando

²⁹¹ RUBIO VICENTE, P.J.: “La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo: a propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas (asunto 671/2007-C 4, concurso sección 1ª)”. Op. Cit. Pág. 235.

²⁹² ÁLVAREZ VEGA, M.I., “La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente”. Op. Cit. Pág. 68.

²⁹³ RUBIO VICENTE, P.J.: “La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo: a propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas (asunto 671/2007-C 4, concurso sección 1ª)”. Op. Cit. Pág. 235.

sea posible, examen de la conducta del deudor, cooperación con el administrador judicial y plena información sobre los activos y el pasivo, sin perjuicio de que ciertas deudas pudieran quedar excluidas de la exoneración por la legislación nacional correspondiente.

El “*Fresh start*” es, en buena medida el objeto de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 5 de octubre de 2007, (Com (2007) 584 final) que tiene como enunciado: “*Superar el estigma del fracaso empresarial —Por una política que ofrezca una segunda oportunidad. Ejecución de la Asociación para el Crecimiento y el Empleo de Lisboa—*”.

La citada Comunicación parte de la consideración del fracaso empresarial como algo normal dentro de la evolución económica y como una oportunidad para un nuevo comienzo y se llama la atención sobre las dificultades de los empresarios para liberarse de deudas excesivas y volver a empezar allí donde las deudas pendientes no desaparezcan automáticamente cuando se clausuran los procedimientos de insolvencia.

De ahí que se destaque en su apartado 3 la posibilidad de exoneración de la deuda en el caso de que los bienes personales del empresario no basten para que los acreedores puedan recuperar las deudas pendientes o la exención automática de responsabilidad que se articula en algunos países. Ello evidencia el gran influjo que desde esta perspectiva está llamada a ejercer la legislación concursal en orden a la creación de nuevas empresas pero también sobre los intentos por parte de los sujetos afectados de eludir inhabilitaciones o restricciones que pueden imponer en sus países de origen. No resulta extraño por tanto que entre sus conclusiones en este punto se afirme con rotundidad que: “*Es fundamental crear el marco adecuado que proteja eficazmente los intereses de todas las partes y reconozca al mismo tiempo a los empresarios la posibilidad de fracasar y volver a empezar... La legislación sobre insolvencia debería contemplar la exención rápida de responsabilidad de las deudas pendientes sujeta a determinados criterios*”²⁹⁴.

²⁹⁴ Ibídem. Pág. 236.

El “*Fresh start*” como principio imprescindible para facilitar una economía europea más competitiva y dinámica aparece también en la “*Small Business Act*” o Ley de las pequeñas y medianas empresas, de 25 de junio de 2008, donde se destaca entre los principios que deben guiar la formulación y ejecución de políticas en materia de Pymes, tanto a escala de UE como de Estados miembros, el de garantizar que los empresarios honestos que hayan hecho frente a una quiebra tengan rápidamente una segunda oportunidad. Idea que se reitera con lo dispuesto en el Considerando G de la Resolución del Parlamento Europeo sobre la iniciativa denominada “*Small Business Act*”, de 10 de marzo de 2009. En dicho considerando y con el fin de lograr un marco favorable a las Pymes, se señala el deber de cambiar la percepción del papel de los empresarios y de la asunción de riesgos: el espíritu empresarial y la voluntad conexas de asumir riesgos deben ser aplaudidos por los líderes políticos y los medios de comunicación y apoyados por las administraciones, objetivo sin duda que sólo puede tener sentido si existe un reconocimiento y régimen jurídico sobre un nuevo comienzo o segunda oportunidad (*second chance*)²⁹⁵.

Debe destacarse igualmente el Informe del Grupo de expertos de la comisión Europea de enero de 2011 sobre: “*A second chance for entrepreneurs: prevention of bankruptcy, simplification of bankruptcy procedures and support for a fresh start*”, aborda directamente esta cuestión en su apartado 4 y reconoce la importancia de la discharge para facilitar un nuevo comienzo a los empresarios honestos y evitar así la discriminación que se produce en relación al acceso a la financiación respecto de otros empresarios honestos que no se han visto inmersos en procesos de insolvencia.

Más recientemente, la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Consejo Económico y Social sobre “*A new European approach to business failure and insolvency*” de 12 de diciembre de 2012²⁹⁶, contempla en su apartado tercero una serie de cuestiones relacionadas con la insolvencia en las que sería beneficiosa la aproximación entre las distintas legislaciones. Entre ellas destaca el reconocimiento de una “*second chance*”, al

²⁹⁵ Ibídem.

²⁹⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0742:FIN:ES:PDF>

afirmar que las diferencias en las leyes nacionales de insolvencia puede crear inseguridad jurídica, lo que crea un clima menos favorable para la inversión transfronteriza, proponiendo procedimientos distintos de liquidación para los empresarios honestos y deshonestos; aplicando a los empresarios honestos procedimientos ágiles de liquidación y fomentando mecanismos que den lugar a una “*second chance*” para pequeñas y medianas empresas. En relación a la “*discharge*” se destacan las disfunciones que los distintos plazos para acceder a la “*discharge*” existen en las distintas legislaciones. Así, se afirma que el acortamiento de esos plazos a un periodo no superior a tres años sería un paso importante hacia la creación de un entorno económico más favorable, lo que permite a las empresas europeas operar en mejores condiciones y podría ser un primer paso hacia una aproximación más amplia de las leyes nacionales de insolvencia.

En un ámbito ajeno a la Unión Europea, pero muy vinculado a ella como es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha abordado la cuestión de la *discharge* y su posible carácter expropiatorio o vulnerador del derecho de propiedad. Se trata de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 20 de julio de 2004, caso BÄCK vs. FINLANDIA, asunto nº 37598/1997²⁹⁷.

De la doctrina fijada en la citada sentencia se infiere que si bien una medida de este tipo sin otro motivo que conceder un beneficio a un particular no redundaría en favor del interés público, si puede considerarse de tal interés en determinadas circunstancias, como cuando se justifica por razón de política

²⁹⁷ Los hechos serían los siguientes: El demandante y otra persona se comprometieron mediante contrato a avalar un crédito bancario concedido a otra persona. Al no poder el avalado hacer frente a sus obligaciones con el banco, el demandante y el otro garante tuvieron que pagar al banco una cantidad de 19.000 € en 1991. En 1995 el avalado solicitó un ajuste de la deuda de acuerdo con la ley de 1993 sobre ajuste de deuda privada, sometiendo un plan de pago a la aprobación del tribunal. El demandante se opuso a esta petición alegando que dicho ajuste podría conducir a una privación injustificada de su propiedad, es decir de su acción contra el avalado. Alegó también que su avalado podría rembolsar con el tiempo su deuda a sus garantes. En abril de 1996 el avalado encontró un empleo y el tribunal le concedió la revisión de la deuda, adoptando un plan de pago que surtiría efecto a partir del 1 de junio de 1996 y que tendría una vigencia de cinco años. El derecho de crédito del demandante contra su avalado se redujo a 365 €. El demandante alegó en su recurso de apelación que la casi extinción de su crédito violaba su derecho a la propiedad. No existía ninguna legislación sobre ajuste de deuda cuando el demandante prestó su consentimiento para avalarle. Además alegó ser discriminado como acreedor privado respecto a los acreedores bancarios, ya que él no sería indemnizado por el estado. El tribunal de apelación desestimó el recurso del demandante.

social, económica o de otro tipo, concluyendo en este sentido el Tribunal que si la normativa sobre ajuste de la deuda sirve claramente a un fin legítimo, entre los que podría estar el reconocimiento al deudor de un derecho al “*fresh start*”, no infringe ipso facto el art. 1 del Protocolo nº 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, lo que excluiría la posibilidad de considerar que la discharge comporta algún tipo de vulneración de derechos fundamentales de los acreedores .

III LOS MODELOS DE EXONERACIÓN CONCURSAL DE PASIVO EN EL MARCO DEL DERECHO COMPARADO

1.- PROCEDIMIENTOS DE DISCHARGE EN LOS ESTADOS UNIDOS

1.1.- El fundamento norteamericano de la “discharge”: “fresh start” y “second chance”

Al estudiar los sistemas de exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso se suele acudir con frecuencia al modelo establecido en la legislación de Estados Unidos²⁹⁸. Es en este País en el que nació la expresión “fresh start” y en el que se considera existe un trato más favorable para el deudor persona física inmerso en un proceso concursal. La legislación norteamericana acogió desde su inicio la idea de favorecer un nuevo inicio a los deudores (*second chance*) y evitar cualquier tipo de estigmatización social. No obstante, el

²⁹⁸ Sobre el derecho concursal norteamericano puede verse, entre otros, a: JACKSON, T.H.: “The logic and limits of the Bankruptcy Law”. Beardbooks. U.S 2001; JACOBY, M.B.: “Perspectivas empíricas y de política jurídica sobre el concurso de los consumidores en los Estados Unidos”, en Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar, CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. coordinadores. Cizur Menor, 2009. Pág. 381 y ss.; KAREN GROSS, J.D.: “La insolvencia de los consumidores en el Derecho de los EEUU”, en El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los consumidores. TOMILLO URBINA, J. director, ÁLVAREZ RUBIO, J. coordinador. Cizur Menor 2008. Pág. 229 y ss.; LAWLESS, R.M. y WARREN, E.: “Los cambios de la normativa concursal estadounidense en 2005: reduciendo parte de la red de seguridad”, en RcP. La Ley nº 6/2007. Pág. 405 y ss.; LAWLESS, R.: “La ley concursal estadounidense de 2005. cómo llegamos a ella y hacia dónde vamos” en RcP. La Ley nº 8/200. Pág. 99 y ss.; POTTOW, J.A.E.: “Un primer estudio de los cambios de la ley concursal estadounidense de 2005”, en RcP. La Ley nº 3/2005. Pág. 355 y ss. WARREN, E., “The two income trap: why middle-class mothers and fathers are going broke”, New Cork, Basic book 2003; WARREN, E., “Financial collapse and class status: who goes bankrupt? (letwas lecture) 41”. Osgoode Hall Law Review 115/2003; Entre nosotros se han ocupado del tema: ÁLVAREZ RUBIO, J.: “Algunas reflexiones en torno a la reforma del “fresh start” del consumidor en USA” En ADCo Aranzadi nº 14/2008. Pág. 233 y ss.; ÁLVAREZ VEGA, M.I.: “La protección Jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente”. Cizur Menor 2010. Pág. 105 y ss.; CUENA CASAS, M.: “Fresh start y mercado crediticio español y estadounidense”, en RcP. La Ley 15/2011. Pág. 565 y ss.; FERNÁNDEZ CARRON, C.: “El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas”. Cizur Menor 2008. Pág. 122 y ss.; SERRANO GÓMEZ, E., ANGUITA VILLANUEVA, L.A. y ORTEGA DOMENECH, J.: “Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física”, en Familia y concurso de acreedores, CUENA CASAS, M., coordinadora, Cizur Menor, 2010. Pág. 23 y ss.

fundamento de la “*discharge*” en Estados Unidos también se encuentra en la idea de recuperar cuanto antes al deudor para el mercado de consumo. En cualquier caso, a la hora de estudiar los mecanismos de protección que para el deudor en situación de concurso se establecen en el *U.S. Code*, conviene recordar que las condiciones económicas y sociales que justifican tal regulación no son equivalentes ni extrapolables en su totalidad a otros países, sobre todo del ámbito europeo.

Los Estados Unidos han ofrecido históricamente a sus ciudadanos necesitados económicamente una asistencia gubernamental menos generosa, comparada con la mayoría de las democracias occidentales. Al mismo tiempo, la normativa concursal estadounidense ha sido relativamente más generosa que la de sus países homólogos, lo que constituye una paradoja que no es una simple coincidencia. Las normas sobre concurso de consumidores son una parte crítica de una red más amplia de seguridad social, persiguiendo la mayor generosidad de las normas concursales en los Estados Unidos compensar en parte el relativamente mezquino nivel de asistencia pública²⁹⁹.

Al mismo tiempo que los beneficios del estado del bienestar y otras transferencias similares del Gobierno garantizaban unas condiciones de vida mínimas para los estadounidenses más pobres, el sistema concursal ofrecía protección para las familias que habían acumulado un cierto patrimonio y que tenían un potencial futuro de generación de ingresos. Estas familias podían proteger parte de su patrimonio a través del concurso y liberar de las deudas pasadas su capacidad futura de generar ingresos. En efecto, para los que alcanzaban la clase media, las normas concursales aseguraban a los consumidores que no caerían por debajo de un nivel de vida mínimo, demostrando los hechos que el derecho concursal se entregó a esta idea y evidenciando que la normativa estadounidense había servido para proteger a las familias de clase media³⁰⁰.

²⁹⁹ LAWLESS, R.M. y WARREN, E.: “Los cambios de la normativa concursal estadounidense en 2005: reduciendo parte de la red de seguridad”, Op. Cit. Pág.405. En el mismo sentido ÁLVAREZ RUBIO, J.: “Algunas reflexiones en torno a la reforma del “fresh start” del consumidor en USA”, Op. Cit. Pág. 259.

³⁰⁰ LAWLESS, R.M. y WARREN, E.: “Los cambios de la normativa concursal estadounidense en 2005: reduciendo parte de la red de seguridad”, Op. Cit. Pág.405.

Durante los 12 meses anteriores a la entrada en vigor de la reforma concursal del año 2005, se presentaron 1.600.000 solicitudes de concurso ante los tribunales. Durante ese mismo período, aproximadamente 1.400.000 estadounidenses obtuvieron su título universitario, 1.400.000 fueron diagnosticados con cáncer y los tribunales estadounidense concedieron poco menos que un millón de divorcios. El concurso ha pasado a ser una parte tan común de la vida americana como los estudios universitarios, la enfermedad o el divorcio³⁰¹.

Según los estudios llevados a cabo al efecto³⁰², quienes solicitan el concurso en los Estados Unidos generalmente no se caracterizan por la pobreza crónica. En realidad, son una sección transversal de las familias estadounidenses en términos de nivel educativo, laboral o profesional y del régimen bajo el que se disfruta de la vivienda habitual, evidenciando los registros judiciales de estos solicitantes que recurrieron significativamente a la concesión formal de crédito³⁰³. En este marco hay que destacar que la cantidad de deuda pendiente en el momento de solicitar el concurso no arroja luz sobre la cantidad de dinero que fue recibida a crédito por la unidad familiar, dado que el ordenamiento estadounidense tiene una escasa regulación sobre intereses y comisiones y, en consecuencia, una buena parte de la deuda total puede derivar de tasas de interés o comisiones tan elevadas que conviertan esas deudas en prácticamente impagables.

Quienes solicitan el concurso también han recurrido al crédito hipotecario, mostrando los estudios realizados que alrededor de la mitad de ellos son propietarios de una vivienda al tiempo de la solicitud, a los que se deben añadir aquellos que la han perdido en los años precedentes al concurso y que no se computan entre los primeros. En los Estados Unidos, los

³⁰¹ Así lo entienden LAWLESS, R.: "La ley concursal estadounidense de 2005. cómo llegamos a ella y hacia dónde vamos". Op. Cit. Pág. 100.

³⁰² JACOBY, M.B. en "Perspectivas empíricas y de política jurídica sobre el concurso de los consumidores en los Estados Unidos" Op. Cit. Pág. 383 y ss., ofrece un interesante estudio sobre las diversas circunstancias que han llevado a los consumidores norteamericanos a solicitar el concurso.

³⁰³ Por ejemplo, nueve de cada diez sujetos consultados para un estudio de 2001 debían dinero a emisores de tarjetas de crédito en el momento de la solicitud del concurso. La deuda acumulada en sus tarjetas de crédito equivalía a un año completo de salario, como mínimo, para casi la tercera parte de los solicitantes.

propietarios de una vivienda piden préstamos con la garantía del inmueble con finalidades diversas, tales como pagar los estudios universitarios de sus hijos, hacer frente a gastos médicos o emplear los fondos en otro tipo de consumo. De ahí que la mayoría de los propietarios de una vivienda que son declarados en concurso tienen al menos una hipoteca sobre ella, pero hay muchos que tienen dos o tres.

A pesar de que los solicitantes están claramente sobreendeudados con deudas de distinto tipo, sería erróneo asociar esta condición con el simple exceso en el gasto. Las familias estadounidenses emplean el crédito hipotecario y el crédito de consumo como “red de seguridad privada” cuando se enfrentan a situaciones problemáticas. La expansión del crédito de consumo ha permitido que las familias asuman deudas más arriesgadas, lo que incrementa el grado de insolvencia.

Los deudores afirman que los problemas que les han llevado a endeudarse más y, en definitiva, a solicitar el concurso, son de diferentes tipos, siendo la inestabilidad laboral siempre un telón de fondo persistente de las solicitudes de concurso. Así mismo, los deudores señalan con frecuencia los problemas médicos o éstos pueden inferirse de sus realidades contextuales, lo que se explica en gran medida dado que Estados Unidos no tiene un sistema de seguro de salud universal. Por el contrario, el sistema de seguro de salud se apoya en un mosaico de distintos tipos de seguros privados (sobre todo a través del trabajo por cuenta ajena, aunque no exclusivamente) y una cobertura para ciertos grupos sociales específicos que es subsidiada con fondos públicos. En este sistema, tanto quienes cuentan con un seguro como quienes carecen de él están expuestos a los riesgos de las cargas financieras derivadas de enfermedades o accidentes, habiendo analizado algunos estudios jurídicos han analizado cómo contribuyen los problemas médicos a los problemas financieros y al concurso, incluso sin ser gastos médicos catastróficamente elevados. En el estudio de 2001 antes mencionado, casi el noventa por ciento

de quienes fueron consultados atribuyeron su concurso a una combinación de problemas laborales, médicos y rupturas familiares³⁰⁴.

1.2.- “Liquidation” del “chapter 7” del Bankruptcy Code

El Derecho concursal norteamericano se encuentra inserto en el título 11 de las leyes federales norteamericanas (*U.S. Code*), siendo, por tanto, una ley “unificada” que cubre tanto la condonación de deudas de los particulares (*debt discharge*) como la reorganización y liquidación de empresas. Las personas físicas pueden emplear potencialmente cuatro tipos de procedimientos bajo el “*U.S. Bankruptcy Code*” que se corresponden con los siguientes capítulos: el capítulo 7 relativo a la liquidación; el capítulo 11, relativo a la reorganización de los créditos; el capítulo 12 relativos a las explotaciones agrarias o pesqueras familiares con ingresos regulares y el capítulo 13 relativo a personas físicas con ingresos regulares. Los capítulos 7 y 13 son las dos opciones preferidas de quienes solicitan el concurso para afrontar los problemas asociados a la crisis de consumo. De ahí que el sistema concursal estadounidense para consumidores suela caracterizarse generalmente como un sistema de doble procedimiento. La solicitud de un procedimiento concursal conlleva en la mayoría de las ocasiones, la paralización de las ejecuciones individuales para proteger al deudor y a la masa activa de la actuación individual de los acreedores, incluyendo aquellos que cuentan con una garantía real; tales acreedores han de obtener la autorización del juzgado encargado del concurso para continuar con la ejecución u otras acciones judiciales o extrajudiciales.

El Derecho concursal es, conforme a la Constitución estadounidense, normativa federal; sin embargo, una buena parte de las disposiciones más importantes son de origen estatal. Es por ello que cuestiones de trascendencia para el concurso como las leyes en materia de cobro y de inmunidades de ejecución de bienes o las normas sobre embargo son normalmente fruto del legislador estatal, prevaleciendo las normas estatales, a menos que el deudor

³⁰⁴ Datos ofrecidos por JACOBY, M.B.: “Perspectivas empíricas y de política jurídica sobre el concurso de los consumidores en los Estados Unidos”. Op. Cit. Pág. 383 y ss.

solicite la apertura de un concurso federal. Cuando, demasiados acreedores ejecutan o pretenden ejecutar los bienes del deudor según la normativa estatal, el deudor puede instar el concurso federal, de modo que las normas estatales de cobro quedan desplazadas y en buena medida pierden toda relevancia, siendo, no obstante ello, en los procedimientos concursales muy importantes las normas estatales sobre bienes exentos. No obstante, los Estados pueden desvincularse de la normativa federal y someter a los deudores domiciliados en ese Estado a las reglas estatales sobre exención de bienes, incluso cuando se haya abierto un procedimiento federal. En términos prácticos esto significa que el lugar de residencia del deudor determina qué bienes están exentos de embargo³⁰⁵.

Como ya se ha indicado, en el Derecho concursal norteamericano, los deudores individuales que querían acogerse a un procedimiento concursal generalmente podían elegir entre dos capítulos (*chapters*), siendo el más habitual en supuestos de concurso de persona física la solicitud de declaración de concurso conforme al capítulo 7, es decir la liquidación.

En este caso, el deudor insta la declaración, indicando todos sus bienes y deudas, con lo que paraliza automáticamente las acciones ejecutivas. Al deudor se le desposee de sus bienes, excluyendo los bienes exentos, que se entregan al patrimonio del concurso para que sean distribuidos entre sus acreedores, respetando, claro está, el principio de igualdad de acreedores con ciertas excepciones y prioridades. Una vez que se ha verificado este desapoderamiento y la distribución, el deudor queda legal y completamente liberado de toda responsabilidad y puede comenzar de nuevo (*fresh start*). Buena parte del millón y medio de solicitudes de concurso personal que se instan al año en los Estados Unidos son liquidaciones del *chapter 7*. La gran mayoría de estas solicitudes corresponden a supuestos en los que no existen bienes que puedan ser liquidados por los acreedores, o, lo que es más habitual, el deudor sólo posee bienes exentos, conforme a las categorías y en la cuantía que la ley prevé para su exención³⁰⁶. No obstante, este régimen de

³⁰⁵ POTTOW, J.A.E.: "Un primer estudio de los cambios de la ley concursal estadounidense de 2005". Op. Cit. Pág. 356.

³⁰⁶ *Ibídem*. Pág. 355-356.

discharge no se extiende a los créditos garantizados, como puede ser la hipoteca. Los créditos garantizados subsisten, lo que constituye una limitación del régimen previsto en *chapter 7*, si bien el deudor no compromete para el pago de sus deudas no garantizadas sus ingresos futuros.

Para acceder a este beneficio es necesario superar un estricto “test de discharge”, regulado en el art. 727 del “*US Code*”, que persigue garantizar que solo accede a este beneficio el deudor honesto o de buena fe. Las causas de exclusión se refieren, además de no ser persona física, fundamentalmente, a la realización de conductas relacionadas con la ocultación o alzamiento de bienes o con la ocultación o falseamiento de información y documentación relativo a la situación financiera y comercial del deudor dentro o fuera del procedimiento concursal, así como a la realización de actos al margen de los órganos del concurso. En general la realización de cualquier actuación tendente a perjudicar a los acreedores comporta la exclusión del deudor del procedimiento del capítulo 7, justificando la ausencia de insolvencia o la posibilidad de pagar las deudas, la inadmisión de la solicitud o su tramitación de acuerdo con lo establecido en el capítulo 13.

También es causa de exclusión el haber obtenido el beneficio de la *discharge* de acuerdo con lo previsto en este capítulo o en la Sección 14, 371, o 476 del “*Bankruptcy Act*” en un procedimiento iniciado dentro de los ocho años anteriores a la petición, o haber obtenido el beneficio en el ámbito de los capítulos 12 y 13 dentro de las secciones 1228 o 1328, o en el marco de la Sección 660 o 661 de la “*Bankruptcy Act*” en un caso iniciado dentro de los seis años anteriores a la solicitud, a no ser que se hayan realizado los pagos que se relacionan en el art. 727, o el no haber completado el curso de asesoramiento financiero legalmente previsto en el art. 111.

Cualquiera de las causas de exclusión puede ser alegada ante el Tribunal por el fiduciario, o cualquier acreedor, en orden a la denegación del beneficio. A estos efectos el Tribunal puede ordenar al fiduciario la investigación sobre la concurrencia o no de dichas causas de exclusión (art. 727 c), siendo el beneficio de la discharge revocable por el Tribunal en los términos del art. 727 d, hasta un año después de su concesión. La decisión se

adoptará, a instancia de parte y previa audiencia de los interesados, siempre que el beneficio se hubiera obtenido de modo fraudulento y ese hecho fuera ignorado por el solicitante en el momento de la concesión; se hubieran realizado actos de disposición fraudulentos, hubiera realizado algún acto que daría lugar a la denegación del beneficio de los establecidos en el art. 727 a 6, o no hubiera sabido explicar satisfactoriamente errores u omisiones importantes en los documentos e informes económicos y financieros aportados al procedimiento a los efectos de la auditoría prevista en el art. 586 f del Título 28.

1.3.- El procedimiento de “Adjustment of debts” ex “chapter 13”

El capítulo 13 ofrece al consumidor individual una segunda vía de acceso al concurso; conforme a ésta, el deudor puede solicitar un plan de pagos o un *chapter 13*. Se trata de que se asegure a los acreedores no garantizados la obtención por esta vía de, al menos, lo que recibirían en una liquidación conforme al *chapter 7*³⁰⁷. Esta vía le ofrece la oportunidad de negociar un calendario de pagos ajustado, en el que el deudor destina todos sus ingresos disponibles tras la solicitud de apertura, una vez delimitados los gastos razonables y necesarios, durante tres años al beneficio de sus acreedores, para que los gestione un administrador concursal (*bankruptcy trustee*). A cambio de someterse a este régimen, el deudor no tiene que entregar ninguno de sus bienes, consiguiendo así retener tanto sus propiedades exentas como los bienes no exentos. Al finalizar el plan, que puede ser de tres a cinco años, el deudor queda liberado de todas las deudas no pagadas pero, de nuevo, los derechos de garantía siguen gravando los bienes garantizados. Como ocurría con el *chapter 7*, el principal beneficio de esta vía es la liberación de las deudas no garantizadas³⁰⁸.

³⁰⁷ JACOBY, M.B.: “Perspectivas empíricas y de política jurídica sobre el concurso de los consumidores en los Estados Unidos”. Op. Cit. Pág. 393. Vid art. 1325 Título 11 del *US Code*.

³⁰⁸ POTTOW, J.A.E.: “Un primer estudio de los cambios de la ley concursal estadounidense de 2005”. Op. Cit. Pág. 356.

Aunque la vía del *chapter 13* parece más interesante para los deudores cuyos bienes no estén mayoritariamente exentos, en la práctica el *chapter 13* se utiliza de un modo minoritario. Todos los análisis concluyen que los deudores que se ven obligados a recurrir al concurso rara vez tienen muchos bienes no exentos que podrían perder si siguieran la vía del *chapter 7*. Al contrario, parece que son los propietarios de viviendas que no han podido hacer frente a los pagos hipotecarios los que más recurren al *chapter 13*. Así pueden emplear el plazo de tres años para ponerse al día en los pagos y reanudar la relación hipotecaria, puesto que la aprobación de pagos comporta la suspensión de las ejecuciones individuales y la prohibición de iniciarlas, salvo que en determinadas circunstancias previstas en el art. 362 d, el Juez autorice la continuación al acreedor garantizado. Al final del plan el acreedor hipotecario no puede invocar la mora como fundamento de la ejecución en tanto los atrasos se hayan subsanado totalmente con el plan y se haya vuelto a los pagos con normalidad³⁰⁹.

El recurso al procedimiento del *chapter 13* requiere el cumplimiento de ciertas exigencias formales en cuanto a la legitimación activa, así como la concurrencia de la buena fe del solicitante y otros requisitos previos. Además de la exigencia de un asesoramiento financiero anterior al concurso, que debe cumplir todo solicitante al margen del procedimiento, quienes solicitan el concurso al amparo del *chapter 13* deben ser “personas físicas con ingresos regulares” y sus deudas vencidas y líquidas deben estar por debajo de un límite legal. En este momento, el límite para deudas con garantía real es de un millón de dólares y de casi trescientos cincuenta mil dólares para las deudas sin garantía, ajustándose este límite, como sucede con otras cifras monetarias presentes en el *Bankruptcy Code*, cada tres años. No es necesario que la deuda sea principalmente derivada del consumo para que una persona física pueda acogerse al procedimiento del *chapter 13*: muchos de quienes lo solicitan son simples propietarios con una pequeña actividad empresarial³¹⁰.

³⁰⁹ Ibídem. Pág. 357.

³¹⁰ JACOBY, M.B.: “Perspectivas empíricas y de política jurídica sobre el concurso de los consumidores en los Estados Unidos”. Op. Cit. Pág. 394. Vid art. 1304 Título 11 del *US Code*

Así pues, la elección ha sido uno de los pilares del Derecho americano del concurso individual. Si el deudor quiere empezar de cero (*fresh start*), puede entregar todos sus bienes no exentos, y empezar de nuevo, solicitando el *chapter 7*. Si pretende conservar sus bienes, sin embargo, deberá acomodar su solicitud al *chapter 13* y esperar durante tres años, pudiendo volver a empezar de cero saldando las deudas restantes, pero esta “puesta a cero” se pospone³¹¹. Esta característica del sistema relativa a la elección de la vía a la que acudir, que quedaba en manos del deudor, se ha visto limitada considerablemente, como veremos, por la reforma llevada a cabo en el año 2005.

El Derecho estadounidense ofrece, por tanto, un régimen amplio de discharge aplicable, tanto al consumidor como al pequeño empresario, aún cuando su operatividad sea más teórica que real. El hecho de que las deudas garantizadas queden exentas y que en muchos casos no pueden cumplirse los planes de pagos previstos impide que el sistema sea realmente eficaz en la práctica³¹².

1.4.- La reforma norteamericana de 2005: Aspectos críticos

A pesar de ello durante años, la industria del crédito al consumidor atacó este modelo de derecho concursal³¹³, lo que condujo a la Ley de 2005³¹⁴ que modificó de manera considerable el régimen de discharge previsto en el Derecho norteamericano.

Uno de los cambios más importantes se refiere al asesoramiento financiero. Un consumidor, antes de la reforma de 2005, podía consultar con un

³¹¹ POTTOW, J.A.E.: “Un primer estudio de los cambios de la ley concursal estadounidense de 2005”. Op. Cit. Pág. 357.

³¹² JACOBY, M.B.: “Perspectivas empíricas y de política jurídica sobre el concurso de los consumidores en los Estados Unidos”. Op. Cit. Pág. 394.

³¹³ LAWLESS, R.M. y WARREN, E.: “Los cambios de la normativa concursal estadounidense en 2005: reduciendo parte de la red de seguridad”, Op. Cit. Pág.406.

³¹⁴ Denominada Ley de Prevención frente al Abuso del Concurso y de Protección del Consumidor de 2005.

abogado, rellenar un largo conjunto de formularios, pagar una tasa y solicitar el concurso. Ahora ese mismo consumidor tiene que haber pasado por un asesoramiento crediticio (*credit counseling*) dentro de los 180 días anteriores a la solicitud para poder ser declarado en concurso. Los bancos y las compañías de tarjetas de crédito señalaron que el asesoramiento crediticio sería un modo mediante el que la nueva legislación concursal ayudaría a los consumidores, pero ello no ha sido así³¹⁵. En vez de ofrecer una oportunidad para un asesoramiento crediticio efectivo, el asesoramiento estandarizado que se proporciona es poco más que un obstáculo a superar (algo que consume tiempo y dinero, pero que da escasos beneficios). El asesoramiento crediticio debe haber sido proporcionado por un asesor de una lista que aprueba el Ministerio de Justicia estadounidense. Puede llevarse a cabo a través de Internet y los proveedores de esos servicios aseguran que puede durar sólo veinte minutos. En todo caso, sin el certificado del asesoramiento crediticio, el consumidor no puede acceder al procedimiento concursal. Además del requisito de que el consumidor pida asesoramiento crediticio antes de presentar la solicitud de concurso, es necesario que reciba formación adicional a lo largo del procedimiento concursal. Si el consumidor no lo hace, no podrá acceder a la condonación de deudas pendientes, al margen de merecerlo o no para el caso concreto³¹⁶.

Otra novedad es el test de recursos. El nuevo derecho concursal también determina quién es susceptible de acogerse a los distintos mecanismos de *discharge* previstos en la legislación concursal, a través de una complicada fórmula que somete a prueba la capacidad patrimonial del consumidor para el pago de sus deudas. La idea era forzar a un mayor número de personas a un plan de pago parcial bajo el *Chapter 13*³¹⁷, debiendo los deudores que no superan esta prueba solicitar su concurso en el marco del *Chapter 13*, en vez de escoger el *Chapter 7*, en el que se condonan al deudor sus deudas pendientes una vez que entregue la totalidad de su patrimonio no

³¹⁵ En opinión de LAWLESS, R.M. y WARREN, E, “Los cambios de la normativa concursal estadounidense en 2005: reduciendo parte de la red de seguridad”, Op. Cit. Pág.408.

³¹⁶ Ibídem. Pág.409.

³¹⁷ Ibídem.

exento y no sujeto a derechos de garantía. Este nuevo test de recursos cuestiona, primero, si el deudor tiene ingresos por encima o por debajo de la media para las unidades familiares del mismo tamaño en el estado del deudor. Si el deudor está por debajo de la media, se acaban ahí las averiguaciones y el deudor puede solicitar el concurso bajo el *Chapter 7*. Para los deudores con ingresos por encima de la media, el test de recursos se transforma entonces en una compleja fórmula para determinar si el deudor tiene ingresos suficientes como para elaborar un plan del *Chapter 13*. La fórmula se apoya en los estándares elaborados por el “*Internal Revenue Service*” (la autoridad fiscal federal) para determinar si se transige con el deudor con relación a sus deudas fiscales. A pesar de que el citado organismo elaboró estos criterios como una guía de su operativa interna, el Congreso las consagró en la nueva normativa.

El resultado es que los cambios en las políticas de cobro de los impuestos federales podrían tener un efecto importante en el sistema concursal³¹⁸, lo que es relevante no sólo porque elimina la discrecionalidad del juez del concurso sobre los presupuestos, sino porque los presupuestos de las autoridades impositivas se usan cuando Hacienda embarga rentas a los contribuyentes morosos, siendo excesivamente austeros en sus exenciones. Es más, sus implicaciones sociales son considerables: según datos recientes la mayoría de los concursos son instados bien por deudas vinculadas a gastos médicos o bien por la pérdida del trabajo, siendo, estos deudores concursales tratados como si fueran defraudadores de impuestos. Éste es un cambio sustantivo en la cultura legal, una cultura en la que hasta ahora se evitaba el término concursado y se prefería el término menos estigmatizador de deudor³¹⁹.

Incluso en los casos en que el deudor cuente con ingresos suficientes como para elaborar un plan del *Chapter 13*, el Congreso impuso la necesidad de valorar otras deducciones. Por ejemplo, se autoriza al deudor a que deduzca cualquier pago realizado en obligaciones garantizadas o en seguros

³¹⁸ Ibídem.

³¹⁹ POTTOW, J.A.E.: “Un primer estudio de los cambios de la ley concursal estadounidense de 2005”. Op. Cit. Pág. 359-360.

de salud. Estas reglas pueden crear incentivos perversos para que los consumidores gasten y tomen prestado más dinero antes de solicitar el concurso. Un consumidor que, por ejemplo, pida un préstamo para adquirir un coche caro a las puertas del concurso, puede deducir los pagos realizados a los efectos del test de recursos y así poderse acoger al procedimiento del *Chapter 7*³²⁰.

La nueva ley impone, asimismo, cargas muy significativas a los abogados, pudiendo la solicitud de concurso de un consumidor estadounidense suponer docenas de páginas e incluye informes detallados del patrimonio y las deudas del deudor. Bajo la nueva ley, el abogado del deudor debe asegurar al tribunal que, tras investigarlo, no tiene razones para creer que esa información o parte de ella sea incorrecta. Con anterioridad, los abogados no podían remitir informes falsos con su conocimiento en el procedimiento concursal, pero la responsabilidad primaria de la corrección de esos informes recaía sobre el consumidor. Ahora, el abogado debe responder de qué sea correcto y ha de adoptar una actitud de sospecha hacia el cliente, estando sujetos los abogados que contravengan estas previsiones legales a sanciones pudiendo verse obligados a pagar las costas procesales de los acreedores³²¹.

Otras previsiones nuevas de la normativa tienen que ver con las agencias de asistencia para el concurso ("*debt relief agencies*"). En los Estados Unidos se había abusado, con empresas que ofrecían ayuda a los consumidores en la solicitud del concurso, y las previsiones para este tipo de agencias estaban directamente dirigidas a estas empresas. El Congreso redactó la ley de forma tan amplia que los abogados de los concursos de consumidores entraban también bajo la definición de las agencias de asistencia para el concurso. Los abogados concursalistas deben dar una voluminosa información a sus clientes e identificarse a sí mismos como agencias de asistencia para el concurso frente a sus clientes. Una previsión de la nueva normativa limita incluso el tipo de consejo que pueden dar los abogados a sus

³²⁰ LAWLESS, R.M. y WARREN, E.: "Los cambios de la normativa concursal estadounidense en 2005: reduciendo parte de la red de seguridad", Op. Cit. Pág.409 y ss.

³²¹ *Ibídem*. Pág. 410.

clientes, prohibiéndoles que les aconsejen para que asuman más deuda antes de solicitar el concurso. El resultado final es que las minutas de los abogados se han incrementado dramáticamente para los concursos de consumidores. El resultado de estos cambios es que las solicitudes de concurso han caído en picado tras la normativa concursal de 2005³²².

La Ley de 2005 también ha traído auditorías aleatorias sobre la información en las solicitudes de concurso de consumidores, estableciendo la ley que uno de cada 250 casos, escogidos aleatoriamente, debe ser sometido a auditoría bajo el procedimiento establecido por la *Executive Office for U.S. Trustees*, un órgano del Ministerio de Justicia estadounidense. Además, deberá ser auditado todo caso en el que el informe de ingresos y gastos refleje “mayores oscilaciones que las oscilaciones medias a partir de la norma estadística del distrito en que se presentaron los informes”³²³.

La reforma llevada a cabo en el derecho concursal norteamericano en el año 2005 ha enfrentado a sus defensores, fundamentalmente, representantes de la entidades financieras y a los defensores de los consumidores, detractores de la norma, apoyados por un importante sector de la doctrina norteamericana que desconfían del éxito de las reformas, consideran que su redacción está plagada de errores y comportan un futuro incierto para el derecho concursal en ese país³²⁴.

Así, seguramente, la nueva ley incrementará dramáticamente la oficina ejecutiva del *U.S. Trustee*. Bajo la antigua ley, el síndico era un funcionario al

³²² El índice de concursos en 2006 se situará entre el 35 y el 40% de lo que era en los años anteriores. Así lo indican LAWLESS, R.M. y WARREN, E.: “Los cambios de la normativa concursal estadounidense en 2005: reduciendo parte de la red de seguridad”, Op. Cit. Pág. 410-411.

³²³ LAWLESS, R.: “La ley concursal estadounidense de 2005. cómo llegamos a ella y hacia dónde vamos”. Op. Cit. Pág.109.

³²⁴ En esta línea se sitúan: JACOBY, M.B.: “Perspectivas empíricas y de política jurídica sobre el concurso de los consumidores en los Estados Unidos”. Op. Cit. Pág.398; KAREN GROSS, J.D.: “La insolvencia de los consumidores en el Derecho de los EEUU”, Op. Cit. Pág. 235; LAWLESS, R.: “La ley concursal estadounidense de 2005. cómo llegamos a ella y hacia dónde vamos”. Op. Cit. Pág. 109 y ss.; LAWLESS, R.M. y WARREN, E.: “Los cambios de la normativa concursal estadounidense en 2005: reduciendo parte de la red de seguridad”, Op. Cit. Pág. 411 y ss.; POTTOW, J.A.E.: “Un primer estudio de los cambios de la ley concursal estadounidense de 2005”. Op. Cit. Pág. 362 y ss. Entre nosotros se ha mostrado crítico con la reforma y sus consecuencias ÁLVAREZ RUBIO, J.: “Algunas reflexiones en torno a la reforma del “fresh start” del consumidor en USA”, Op. Cit. Pág. 256 y ss.

que sólo se le concedían poderes de supervisión, que podía instar las acciones de desestimación de la sección 707(b) para evitar los abusos flagrantes de los deudores, que servía como un sustituto temprano al comité de acreedores cuando éste aún no se había reunido en supuestos de reorganización empresarial, etc. El *U.S. Trustee* era un funcionario importante y poderoso, pero de ninguna manera su presencia era necesaria en todos los procedimientos concursales, en particular, las relativas a consumidores. Por el contrario, la nueva ley obliga a que las oficinas de distrito del *U.S. Trustee* se involucren en una variedad de nuevas tareas, costosas en tiempo y dinero, que incluyen, por ejemplo, la certificación de las agencias sobre asesoramiento al crédito y educación financiera. Más aún, el *U.S. Trustee* está obligado a aplicar la sección 707(b) en todos los casos e instar la acción de desestimación conforme a esa sección en los supuestos en los que la renta del deudor está por encima de la media estatal (o informar de por qué no debería procederse con esa acción de desestimación). Dado que se tramitan un millón y medio de procedimientos al año, esto implica un aumento impresionante de las tareas administrativas, lo que exige un incremento en personal y presupuesto³²⁵.

En suma, las nuevas normas concursales harán más difícil que los consumidores lleguen al juzgado de lo concursal y encontrarán un alivio menos efectivo una vez que lo hagan³²⁶.

2.- LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO DEL DEUDOR EMPRESARIO Y CONSUMIDOR EN EL MODELO FRANCES

A diferencia de lo que ocurre en otros sistemas, en los que la exoneración de deudas constituye o un procedimiento o una fase autónoma que tiene por objeto, precisamente, esa liberación, en el Derecho francés aparece más bien como la constatación del fracaso de otros sistemas de reestructuración del pasivo del deudor, pudiendo obtenerse dicha liberación por

³²⁵ POTTOW, J.A.E.: "Un primer estudio de los cambios de la ley concursal estadounidense de 2005". Op. Cit. Pág. 363.

³²⁶ LAWLESS, R.M. y WARREN, E.: "Los cambios de la normativa concursal estadounidense en 2005: reduciendo parte de la red de seguridad", Op. Cit. Pág. 411.

diversas vías, que difieren en función de que el deudor insolvente sea un comerciante o un consumidor³²⁷, en el marco de la ausencia de unidad legal, procedimental y subjetiva que caracteriza el Derecho Concursal francés..

Así, los procedimientos de salvaguarda, saneamiento y liquidación judicial se aplican a los comerciantes, artesanos, agricultores y profesionales independientes, reservándose los procedimientos de sobreendeudamiento y de recuperación personal a los particulares por deudas no profesionales. En efecto, en Derecho francés el procedimiento a seguir difiere según nos encontremos ante comerciantes, artesanos, agricultores y profesionales independientes o ante particulares; igualmente difiere la norma reguladora, ya que para los comerciantes, artesanos, agricultores y profesionales independientes se sigue el procedimiento establecido en el art. L.643.11 del Código de Comercio, a partir de la reforma concursal de la Ley 2005/845, de 26 de julio de 2005, de *Sauvegarde des entreprises*, donde se regula la liberación de forma implícita y negativa al decretar con carácter general la imposibilidad de recuperar los acreedores el ejercicio de las acciones individuales tras el cierre de la liquidación judicial por insuficiencia de activo procedimiento que se reserva al empresario individual. En el caso de los consumidores la liberación se regula, también de modo indirecto como conclusión del procedimiento que se inicia a través del art. L 331-2 del Code de la Consommation, de 31 de diciembre de 1989, modificado el 8 de febrero de

³²⁷ Los procedimientos de liberación de deudas en el Derecho francés han sido estudiados, tanto en relación a los consumidores, como a los comerciantes, entre otros, por CHATAIN, P. /FERRIÈRE, F.: "Le surendettement des particuliers", París 2000; PAISANT, G., La insolvencia de los consumidores en el Derecho francés, en El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Tomillo Urbina, J. Dir. y Álvarez Rubio, J. Coord. Cizur Menor, 2008; PEROCHON F. y BONHOMME, "Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement", París 2006; PEROCHON F. "El nuevo Derecho Francés de empresas en dificultades surgido de la Ley de 26 de julio de 2005 de salvamento (sauvegarde) de la empresas" RcP. La Ley nº 8/2008. Pág. 79 y ss.; SAINT-ALARY-HOUIN, C.: "El tratamiento de las dificultades financieras de los particulares en Francia" en "Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar", CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAYILLA, J.L., coord. Cizur Menor, 2009. Pág. 401 y ss.; VINEAU, V., BOURIN, G-X.: "Droit du surendettement des particuliers". París, 2007. Entre nosotros han tratado la figura PULGAR EZQUERRA, J.: "Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del Bienestar". RcP, La Ley nº 9/2009. Pág. 43 y ss.; ÁLVAREZ VEGA, M.I.: "La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente". Cizur Menor, 2010. Pág. 112 y ss.; FERNÁNDEZ CARRIÓN, C.: "El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas". Cizur Menor, 2008. Pág. 128 y ss.; RUBIO VICENTE, P.J.: "A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso" RcP nº 6/2007. La Ley. Pág. 133 y ss.; TRUJILLO DÍAZ, I.J.: "El sobreendeudamiento de los particulares" disponible en www.ecri.be/media/retail_finance-papers/Sobreendeudamiento-spanish-Trujillo.pdf; "El sobreendeudamiento de los particulares". Granada, 2003.

1995 y 29 de julio de 1998 y, más recientemente por la Ley 2003/710, de 1 de agosto de 2003, que puede dar lugar en supuestos en que no consiga cumplir su finalidad a un “*procédure de rétablissement personnel*” de naturaleza liquidativa (arts. L 332-5 a L 332-11 del Code de la Consommation francés). No obstante, cualquiera que sea la condición del sujeto: empresario individual o consumidor; y cualquiera que sea la norma aplicable puede llegarse al fin al resultado de la “*libération de dettes*”.

La prevención del sobreendeudamiento del consumidor en Derecho francés se aborda en el marco de la idea de la prevención que con carácter general y no solo respecto de los consumidores ha inspirado el Derecho francés desde las Leyes de 13 de junio de 1967 y 23 de septiembre de 1967, reguladora de la “*suspension provisoire des poursuites*” y que inicialmente se materializó en la Ley 84/148, de 1 de marzo, sobre “*Prévention et Règlement Amiable des Entreprises dans Difficulté*” y más recientemente en la Ley sobre “*Sauvegarde des Entreprises dans difficulté*”, configurándose un completo y sistemático Derecho de empresas en dificultad muy influido en los últimos años por la idea norteamericana de la segunda oportunidad “*second chance*” o “*fresh start*”³²⁸.

Precisamente ese objetivo de facilitar a los deudores consumidores de buena fe una segunda oportunidad es la que ha inspirado el Derecho francés de las dificultades económicas de los consumidores, cuya finalidad básica no es tanto la satisfacción de los acreedores como se reconoce expresamente en el art. 1 de la Ley 85/1988 de 25 de enero, sobre “*Redressement et Liquidation Judiciaires des Entreprises*”, cuanto propiciar el restablecimiento económico y financiero del consumidor de buena fe, aun cuando para ello en ocasiones hayan de serle impuestas a los acreedores soluciones no acordadas convencionalmente. El objetivo es la lucha contra la marginación permanente

³²⁸ Sobre este aspecto más ampliamente PULGAR EZQUERRA, J. en “La reforma del Derecho concursal comparado y español (Los nuevos institutos concursales y reorganizativos)”. Madrid, 1994. Pág. 53 y ss.

de los hogares sobreendeudados con la finalidad de que puedan reinsertarse³²⁹.

2.1.- Sobreendeudamiento de consumidor y liberación de deudas

El tratamiento del sobreendeudamiento del consumidor se articula en Derecho francés a través de dos piezas fundamentales reguladas en el marco del Derecho del Consumo y que operan escalonadamente, como de otro lado es habitual en el esquema preventivo francés: de un lado se regula, con finalidad esencialmente conservativa, un procedimiento ante la “*Commission de surendettement des particuliers*”, art. L 331-2 del Code de la Consommation, que puede dar lugar en supuestos en que no consiga cumplir su finalidad a un “*procédure de rétablissement personnel*” de naturaleza liquidativa, arts. L 332-5 a L 332-11 del Code de la Consommation francés.

El art. L330-1 del C. Consom. define la situación de sobreendeudamiento como aquella que: “*se caracteriza por la imposibilidad manifiesta para el deudor de buena fe de hacer frente al conjunto de sus deudas no profesionales exigibles y cumplir sus obligaciones, así como al compromiso que ha dado de prestar garantía o de pagar solidariamente la deuda de un empresario individual o de una sociedad cuando no hubiera asumido, de derecho o de hecho, funciones de dirección de la misma*”.

Para estos casos prevé el art. L 330-1 C. Consom que siempre que los recursos o el activo realizable del deudor lo permitieran, se podrán adoptar medidas de tratamiento ante la Comisión de exceso de endeudamiento de los particulares, en las condiciones previstas en los artículos L331-6, L331-7 y L331-7-1. Cuando el deudor se encontrara en una situación irremediamente comprometida, caracterizada por la imposibilidad manifiesta de poner en práctica las medidas de tratamiento contempladas en el segundo apartado, podrá solicitar la apertura de un procedimiento de saneamiento personal en las

³²⁹ SAINT-ALARY-HOUIN, C.: El tratamiento de las dificultades financieras de los particulares en Francia. Óp. Cit. Pág. 413.

condiciones previstas en el presente título. El juez competente para la ejecución conocerá del procedimiento de tratamiento de las situaciones de exceso de endeudamiento ante la Comisión de exceso de endeudamiento de los particulares y del procedimiento de saneamiento personal.

Del procedimiento preventivo ante la “*comisión de surendettement des particuliers*” pueden beneficiarse las personas físicas, franceses residentes en Francia o en el extranjero y extranjeros residentes en Francia, respecto de deudas exigibles o pendientes de vencimiento no profesionales, incluidas las derivadas de la vida corriente, como el alquiler, con inclusión de deudores cuyo pasivo esté constituido por un compromiso de garantía de deuda profesional ajena, pero con exclusión de las personas jurídicas, así como quienes sean comerciantes, artesanos o agricultores (art. L 333-3) que resultarían sometidos a los procedimientos preventivos de “*sauvegarde*”, que se analizarán más adelante en el marco de la Ley 2005/845 de 26 de julio, pudiendo los profesionales liberales o trabajadores autónomos acogerse al procedimiento siempre que el sobreendeudamiento no proceda de deudas profesionales.

No obstante constituye presupuesto para poder beneficiarse del procedimiento la buena fe del deudor, no solo en el momento en el que se produjeron los hechos que dieron lugar al sobreendeudamiento, sino también en el momento de la solicitud y a lo largo de la tramitación del procedimiento, lo que se presume correspondiendo a los acreedores o a la comisión rectora del procedimiento la prueba de la mala fe³³⁰. En este ámbito es importante destacar que no solo se aprecia este requisito en quienes han incurrido en un sobreendeudamiento pasivo derivado de una incapacidad sobrevenida para hacer frente a las deudas por causas imprevistas como la enfermedad o el paro, sino que también podría verificarse en quienes han incurrido en un sobreendeudamiento activo por asunción excesiva de deudas, si esta situación no fue buscada conscientemente, esto es, si el deudor no fue consciente de agravar o crear su sobreendeudamiento, aspecto éste en el que podría incidir el nivel intelectual y preparación universitaria del deudor³³¹.

³³⁰ Ibídem. Pág. 406.

³³¹ PULGAR EZQUERRA, J.: Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del Bienestar. Óp. Cit. Pág. 51; PEROCHON/BONHOMME, Entreprises en difficulté. Instruments

En cualquier caso determinados sujetos quedan excluidos de este beneficio. Así, tal y como dispone el art. L 333-2 C. Consum.: *“Quedará decaído del beneficio de las disposiciones del presente título:*

1º Toda persona que dolosamente preste falso testimonio o presente documentos inexactos;

2º Toda persona que, disimule, desvíe, o intente disimular o desviar, la totalidad o una parte de sus bienes;

3º Toda persona que, sin el acuerdo de sus acreedores, de la Comisión o del juez, agrave su situación de endeudamiento mediante la concertación de nuevos préstamos, o bien realice actos de disposición de su patrimonio durante la sustanciación del procedimiento de tratamiento de la situación de exceso de endeudamiento o de saneamiento personal, o durante la ejecución del plan o de las medidas previstos en el artículo L331-7 o L331-7-1”.

El procedimiento está fuertemente administrativizado, desarrollándose ante la *“Comisión Departamental de Sobreendeudamiento de los particulares”*, art. L 331-1, integrada por representantes del Estado, del Banco de Francia, del Fisco, de la Asociación de Establecimientos de Crédito y de asociaciones de consumidores sobre los que recae un deber de secreto y que actúa bajo supervisión y control del juez encargado de la ejecución de las medidas propuestas por la Comisión. La función fundamental de la referida Comisión es de mediación, persiguiendo acercar a las partes con el fin de elaborar un plan en principio acordado convencionalmente entre el deudor y sus principales acreedores, art. L 331-6, cuyo contenido puede incluir quitas y/o esperas, creación o sustitución de garantías, supresión de tasas de interés o incluso condonación de parte de la deuda *“plan conventionnel de redressement”*³³², pudiendo solicitar la Comisión al juez la suspensión provisional de las ejecuciones durante el plazo máximo de un año con el fin de que se pueda

de crédit et de paiement, París 2006; CHATAIN, P./FERRIÈRE, F.: Le surendettement des particuliers, París 2000

³³² Se ha considerado que estas condonaciones de deudas no responden al carácter de condonación voluntaria en el sentido del art. 1287 del Código Civil, por lo que éstas no se computan en la fianza. En este sentido SAINT-ALARY-HOUIN, C.: El tratamiento de las dificultades financieras de los particulares en Francia. Op. Cit. Pág. 408, con cita infra de las sentencia Cass. Civ. 1ère, 13 nov. 1996, D. 1997, jurisprudencia, 141.

alcanzar dicho acuerdo, pero reservando siempre al deudor un mínimo vital, al que se refiere el art. L 331-2 C. Consom según el cual: *“El montante de los reembolsos resultante de la aplicación de los artículos L. 331-6 o L. 331-7 se fijará, en la forma que se establezca por decreto, en función de la porción inembargable del salario establecida en el artículo L145-2 del Código de trabajo, de forma que una parte de los recursos necesarios para los gastos corrientes del hogar se reserve con carácter prioritario. Esta porción de los recursos, que no podrá ser inferior al montante del ingreso mínimo de inserción que disfrute la familia, incluye el montante de los gastos de vivienda, alimentación, escolaridad, hasta un límite que se fijará según las modalidades que se fijen por decreto. La citada parte será fijada por la comisión previo dictamen de un experto que justificara una experiencia en el ámbito de la economía social y familiar contemplada en el último párrafo del artículo L331-1, y mencionada en el convenio de saneamiento contemplado en el artículo L:331-6 o en las recomendaciones previstas en los artículo L331-7 y L.331-7-1”.*

Ahora bien, si este plan convencionalmente acordado no se alcanza entre las partes, la Comisión podría, a solicitud del deudor, recomendar la adopción de algunas de las medidas contempladas en el art. L 331-7 C. Consom. Estas pueden ser la reducción de tipos de interés, el aplazamiento de parte de las deudas que no podrá superar 10 años, la reducción del importe de préstamos inmobiliarios si en ejecución forzosa o venta en orden a evitar dicha ejecución de la vivienda habitual no se extingue la totalidad del préstamo hipotecario, e incluso medidas excepcionales que pueden llegar a la cancelación de deudas incluidas las fiscales, si la situación económica del deudor no permite hacer frente a las referidas medidas contempladas en el art. L 331-7 C. Consom. La liberación no se extiende, sin embargo, salvo acuerdo del acreedor, a: Las deudas alimenticias; indemnizaciones debidas a las víctimas con motivo de una condena penal; multas dictadas con motivo de una condena penal que resultarán excluidas de toda quita, reestructuración o supresión, art. L 333-1 C. Consom.

La adopción de estas medidas no necesitaría consentimiento de los acreedores afectados *“plan recommandé de redressement”* y podrían aplicarse

teniendo en cuenta el grado de imprudencia o negligencia del acreedor al entablar una relación crediticia con el deudor, sobre la base del conocimiento que podría tener de la situación de insolvencia de éste, lo que se orienta en gran medida hacia la penalización de aquellas entidades de crédito que concedieran crédito de manera irresponsable al deudor de buena fe y todo ello sin perjuicio de la posible responsabilidad de la banca por el denominado “*soutien abusif*” tipificado en el Derecho francés³³³.

No obstante, en orden a la eficacia subjetiva de las medidas debe tenerse en cuenta lo establecido en el art. L 331-8 C. Consum. en virtud del cual las medidas recomendadas en aplicación de los artículos L331-7 o L331-7-1 y que se conviertan en ejecutorias de conformidad con los artículos L332-1 o L332-2 no serán oponibles a los acreedores cuya existencia no haya sido indicada por el deudor y no hayan sido advertidos de ello por la Comisión. Seguramente la norma tiene por objeto la afloración real de la totalidad del pasivo del deudor evitando así, con sanción de ineficacia, que parte de ellos queden ocultos.

Sin embargo, la recomendación de la Comisión, no tiene ningún valor vinculante por sí misma, ya que es al juez a quien corresponde dar fuerza ejecutiva a la propuesta de la Comisión, lo que efectuará sobre la base de un mero control de legalidad y no de oportunidad si las partes no se oponen a ésta, art. L 332-1 C. Consum., debiendo en otro caso el juez resolver sobre esta oposición, siendo la misma susceptible de apelación art. L 332-2 C. Consum. La legitimación para impugnar se confiere con carácter amplio, pues en el art. L 332-2 se concede a las partes interesadas, no restringiéndolo a los acreedores o el deudor.

Si los procedimientos de recuperación, ya sean convencionales o recomendados, resultan inviables por encontrarse el deudor en una situación comprometida irremediablemente caracterizada por la imposibilidad manifiesta de poner en marcha las medidas de tratamiento propuestas en el marco de dicho plan”, se podrá solicitar el procedimiento de “*rétablissement personnel*”

³³³ PULGAR EZQUERRA, J.: Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del Bienestar. Op. Cit. Pág. 54.

introducido en el Code de Consommation francés en virtud de la Ley núm. 2003/710, de 1 de agosto de 2003. Se trata de un procedimiento que solo puede ser solicitado, de un lado, por el deudor si intentó sin éxito previamente un plan de recuperación convencional o recomendado o si, residualmente, hubieran transcurrido nueve meses desde la solicitud presentada ante la Comisión de Sobreendeudamiento y ésta no hubiera decidido sobre la resolución a esta situación, pudiendo la Comisión solicitar la resolución de un procedimiento de recuperación si considera que se dan los supuestos de apertura de un *“procedure de rétablissement personnel”*. Se trata de un procedimiento también reservado a deudores de buena fe, pero que ya no persigue la superación de la situación de crisis económica por vías conservativas sino liquidativas, conllevando la suspensión de las ejecuciones en trámite y la necesidad de que los acreedores insinúen sus créditos en el plazo de dos meses, transcurridos los cuales los créditos que no se hayan insinuado resultarán extinguidos. Cuando, tras la realización de las operaciones de liquidación acordadas por el Juez y llevadas a cabo por el liquidador nombrado al efecto, art. L 332-8 C. Consom. la masa activa realizada sea insuficiente para desinteresar a los acreedores, o cuando el deudor sólo posea el mobiliario necesario para la vida cotidiana y bienes no profesionales indispensables para el ejercicio de su actividad profesional, el juez dictará la clausura del procedimiento por activo insuficiente. La clausura entraña la desaparición de todas las deudas no profesionales del deudor, con la excepción de aquéllas cuyo precio hubiera sido pagado por un tercero a nombre del deudor, por razón de garantía o de solidaridad tal y como dispone el art. L 332-9. No obstante, el efecto no se extenderá a los créditos a que se refiere el art. L 333-1C. Consom., por lo que salvo acuerdo del acreedor, se excluyen de toda quita, reestructuración o supresión: 1º Las deudas alimenticias; 2º Las reparaciones pecuniarias debidas a las víctimas con motivo de una condena penal; 3º Las multas dictadas con motivo de una condena penal será excluidas de toda quita, reestructuración o supresión.

2.2.- La exoneración de deudas en el marco de comerciantes, artesanos, agricultores y profesionales independientes

En el ámbito de los comerciantes, artesanos, agricultores y profesionales independientes la liberación de deudas inicialmente se materializó en la Ley 84/148, de 1 de marzo, sobre *“Prévention et Règlement Amiable des Entreprises dans Difficulté”* y más recientemente en la Ley sobre *“Sauvegarde des Entreprises dans difficulté”*, configurándose un completo y sistemático Derecho de empresas en dificultad muy influido en los últimos años por la idea norteamericana de la segunda oportunidad *“second chance”* o *“fresh start”*. Se pretende así favorecer la iniciativa y la reanimación económica del deudor³³⁴

La exoneración se produce dentro del procedimiento de Liquidación Judicial, regulado en los arts. L640-1 a L644-6 del Código de Comercio. En concreto se establece en la Sección 2ª del Capítulo III relativo a la liquidación del pasivo y dedicado a al cierre de las operaciones de liquidación judicial. Dispone el art. L 643-11 del C. Comm. que: *“I. - La resolución de cierre de la liquidación judicial por insuficiencia de activo no hará recuperar a los acreedores el ejercicio individual de sus acciones contra el deudor, salvo si el crédito se derivara de:*

1º Una condena penal del deudor;

2º Derechos vinculados a la persona del acreedor.

II.- Sin embargo, el fiador o el codeudor que haya pagado en lugar del deudor podrá ejercitar acciones judiciales contra este último.

III. - Los acreedores recuperarán su derecho a reclamar el pago de su crédito a título individual en los siguientes casos:

1º El deudor ha sido declarado en quiebra personal;

2º El deudor ha sido reconocido culpable de bancarrota;

3º El deudor o una persona jurídica de la que haya sido dirigente ha sido sometido a un procedimiento de liquidación judicial concluido por insuficiencia de activos en los cinco años anteriores al procedimiento en el que esté incurso;

³³⁴ PEROCHON F. El nuevo Derecho Francés de empresas en dificultades surgido de la Ley de 26 de julio de 2005 de salvamento (sauvegarde) de las empresas. Op. Cit. Pág.94.

4º El procedimiento ha sido abierto como un procedimiento territorial, en el sentido del párrafo 2 del artículo 3 del Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo sobre procedimientos de insolvencia.

IV. - Además, en caso de fraude a uno o varios acreedores, el Tribunal autorizará el ejercicio de acciones judiciales contra el deudor por parte del acreedor. El Tribunal se pronunciará durante el cierre del procedimiento, tras oír o citar en debida forma al deudor, al liquidador y a los interventores. Podrá pronunciarse asimismo posteriormente al mismo, a petición de cualquier persona interesada, con arreglo a las mismas condiciones.

V. - Los acreedores que recuperen el ejercicio individual de sus acciones en aplicación del presente artículo podrán, si sus créditos hubieran sido admitidos, obtener un título ejecutivo por auto del presidente del Tribunal o, si sus créditos no hubieran sido verificados, obtenerlo en con arreglo a las condiciones de Derecho común”.

La expresión utilizada por el legislador para reconocer la exoneración es la no recuperación por los acreedores de sus acciones frente al acreedor, conectando dicho efecto con la resolución judicial del art. L 643-9 relativa al cierre por parte del Juez del procedimiento de liquidación. Sin embargo, aunque la liberación es un efecto automático que se produce respecto de todas las deudas anteriores, declaradas o no en el procedimiento concursal, incluso determinados créditos posteriores³³⁵, sin sometimiento a control judicial, puesto que el presupuesto del mismo es la insuficiencia de activo, que es, precisamente, lo que debe verificar el Juez, se establecen diversos condicionantes para su eficacia.

En primer lugar la exoneración no se extiende a las deudas derivadas de una condena penal o por derechos vinculados a la persona del acreedor, lo que incluirá las prestaciones de carácter personal como las alimenticias, en línea con lo establecido para los consumidores; tampoco se extiende a lo que el fiador o el codeudor haya pagado en nombre del deudor, pues mantiene sus acciones contra éste en los términos del art. L 643-11 II.

³³⁵ Ibídem.

Además se contempla la posibilidad de que los acreedores recuperen el ejercicio de las acciones a título individual, bien con carácter general bien con carácter particular en los siguientes supuestos. Con carácter general en los casos en que el deudor haya sido declarado en quiebra personal; el deudor haya sido reconocido culpable de bancarrota; el deudor o una persona jurídica de la que haya sido dirigente haya sido sometido a un procedimiento de liquidación judicial concluido por insuficiencia de activo en los cinco años anteriores al procedimiento en el que esté incurso; el procedimiento haya sido abierto como un procedimiento territorial, en el sentido del párrafo 2 del artículo 3 del Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo sobre procedimientos de insolvencia, tal y como se dispone en el art. L 643-11 III. Con carácter particular se contempla la autorización por parte del Tribunal para el ejercicio de las acciones judiciales, en caso de fraude a uno o varios acreedores, contra el deudor por parte del acreedor. El Tribunal se pronunciará durante el cierre del procedimiento, tras oír o citar en debida forma al deudor, al liquidador y a los interventores. Podrá pronunciarse asimismo posteriormente al mismo, a petición de cualquier persona interesada, con arreglo a las mismas condiciones, art. L 643-11 IV. Los acreedores que recuperen el ejercicio individual de sus acciones en aplicación del presente artículo podrán, si sus créditos hubieran sido admitidos, obtener un título ejecutivo por auto del presidente del Tribunal o, si sus créditos no hubieran sido verificados, obtenerlo con arreglo a las condiciones de Derecho común.

Por el contrario, y es una extensión del principio, si no comete este tipo de faltas, el deudor puede beneficiarse una vez cada cinco años de una nueva liquidación con clausura por insuficiencia de activo, a costa de sus acreedores.

Esta perspectiva tan atractiva explica por qué, desde 1985, la liquidación judicial puede ser vista como un favor que se otorga al deudor persona física, permitiéndole al deudor liberarse de sus deudas. Se encuentra en parte en el origen de la extensión del ámbito de los procedimientos concursales a las profesiones liberales como abogados, arquitectos, etc. que no se beneficiaban,

en relación con sus deudas profesionales, de los procedimientos previstos en el Código del Consumo a favor de particulares con exceso de deudas³³⁶.

Como puede apreciarse la buena fe que debe presidir el reconocimiento de este derecho se garantiza, en el caso de los comerciantes, artesanos, agricultores y profesionales independientes, a través de la naturaleza de las deudas excluidas de la liberación, pero, sobre todo, a través del control relativo a las causas generadoras de la insolvencia establecido en los procedimientos de quiebra personal o bancarrota.

A la quiebra personal se refiere el art. L 653-1 C. Commerce y se aplica de un lado, a las personas físicas que ejerzan la profesión de comerciante, de agricultor o que estén inscritas en el Registro Central de Artesanos, así como a cualquier persona física que ejerza una actividad profesional autónoma, incluyendo una profesión liberal, sujeta a un estatuto legal o reglamentario o cuyo título esté protegido; de otro, a las personas físicas, dirigentes de hecho o de derecho de personas jurídicas; y finalmente a las personas físicas, representantes permanentes de personas jurídicas, dirigentes de las personas jurídicas definidas en el apartado 2º. La quiebra personal conllevará la prohibición de dirigir, gestionar, administrar o controlar, directa o indirectamente cualquier empresa comercial o artesanal, cualquier explotación agrícola o cualquier empresa que tenga otra actividad económica independiente, así como cualquier persona jurídica. Además, comporta la posibilidad de recuperación por parte de los acreedores de las acciones judiciales para la reclamación de sus créditos.

No obstante, los requisitos para la declaración de quiebra personal difieren según el sujeto de que se trate. Así, a diferencia de lo que pueda aplicarse a los administradores y dirigentes de personas jurídicas, a las personas físicas que ejerzan la profesión de comerciante, de agricultor o que estén inscritas en el Registro Central de Artesanos, así como a cualquier persona física que ejerza una actividad profesional autónoma, incluyendo una

³³⁶ PEROCHON F. El nuevo Derecho Francés de empresas en dificultades surgido de la Ley de 26 de julio de 2005 de salvamento (sauvegarde) de las empresas. Op. Cit. Pág. 94.

profesión liberal, podrá declarársele en quiebra personal cuando según el art. L 653-3 haya cometido alguno de los siguientes actos: Haber continuado injustificadamente una explotación deficitaria que sólo podía conducir a la insolvencia; haber desviado u ocultado la totalidad o parte del activo, o haber aumentado fraudulentamente su pasivo.

Además, según el art. L 653-4 se aplicará a los casos en que cualquiera de ellos haya realizado los siguientes actos: 1º Haber ejercido una actividad comercial, artesanal o agrícola o una función de dirección o de administración de una persona jurídica, infringiendo una prohibición prevista por la Ley; 2º Haber realizado compras para una reventa por debajo de su precio o empleando métodos ruinosos para procurarse fondos con la intención de evitar o retardar la apertura del procedimiento de saneamiento judicial o de liquidación judicial; 3º Haber suscrito, por cuenta ajena, sin contrapartida, obligaciones consideradas demasiado importantes en el momento de su conclusión en atención a la situación de la empresa o de la persona jurídica; 4º Haber pagado o mandado pagar, tras la declaración de insolvencia y con conocimiento de causa de esta, a un acreedor en perjuicio de los demás acreedores; 5º Haber obstaculizado su buen desarrollo absteniéndose voluntariamente de cooperar con los órganos del procedimiento; 6º Haber hecho desaparecer documentos contables, no haber llevado ninguna contabilidad infringiendo la normativa aplicable, o haber llevado una contabilidad ficticia manifiestamente incompleta o irregular con respecto a las disposiciones legales.

Esta declaración puede hacerse en cualquier momento del procedimiento de liquidación judicial tal y como establece el art. L 653-7 a instancia del mandatario judicial, el liquidador o el Ministerio Fiscal. En favor del interés colectivo de los acreedores, el Tribunal podrá igualmente conocer del asunto, en cualquier momento del procedimiento, a instancia de la mayoría de los acreedores nombrados interventores cuando el mandatario judicial debidamente facultado para ello no hubiera ejercitado las acciones previstas en el mismo artículo, tras un requerimiento que no hubiera surtido efecto en el plazo y las condiciones establecidas por decreto adoptado en *Conseil d'Etat*.

Por su parte la bancarrota tiene una naturaleza penal. Los efectos previstos para los declarados culpables de bancarrota son la pena de cinco años de prisión y 75.000 euros de multa, pena que se aplica también a los cómplices de bancarrota, aunque no tengan la condición de comerciante, agricultor o artesano y aunque no dirijan, directa o indirectamente, de hecho o de derecho, una persona jurídica de derecho privado. Además las personas físicas que contravinieran lo dispuesto en los artículos L.654-3 y L.654-4 estarán asimismo sujetas a las penas complementarias siguientes: 1º La prohibición de ejercer sus derechos cívicos, civiles y familiares, con arreglo a las modalidades previstas por el artículo 131-26 del Código Penal; 2º La prohibición, por un período de cinco años como máximo, de ejercer una función pública o la actividad profesional o social en cuyo ejercicio o con ocasión de cuyo ejercicio se hubiera cometido la infracción, a menos que una jurisdicción civil o comercial ya hubiera dictado una medida semejante mediante resolución definitiva; 3º La exclusión de los contratos públicos por un período de cinco años como máximo; 4º La prohibición, por un período de cinco años como máximo, de emitir cheques salvo los que permitan la retirada de fondos por parte del librador ante el librado o aquellos que estén certificados; 5º La publicación mediante edictos o la difusión de la resolución judicial en las condiciones previstas por el artículo 131-35 del Código Penal.

El ámbito subjetivo de aplicación del delito de bancarrota que se extiende, al igual que la quiebra personal, a lo dispuesto en la presente sección será aplicable:

A cualquier comerciante, agricultor, a cualquier persona inscrita en el Registro Central de Artesanos y a cualquier persona física que ejerza una actividad profesional autónoma, incluyendo una profesión liberal, sujeta a un estatuto legal o reglamentario o cuyo título esté protegido; a cualquier persona que, directa o indirectamente, de hecho o de derecho, haya dirigido o liquidado una persona jurídica de derecho privado; a las personas físicas, representantes permanentes de personas jurídicas, dirigentes de las personas jurídicas definidas en el apartado 2º anterior, art. L 654-1 C. Commerce. Para que pueda declararse la bancarrota es necesario que, tal y como se dispone en el art.

654-2 hayan cometido uno de los siguientes actos: 1º Haber realizado compras para una reventa por debajo de su precio, o haber empleado métodos ruinosos para procurarse fondos, con la intención de evitar o retrasar la apertura del procedimiento de saneamiento judicial; 2º Haber desviado u ocultado la totalidad o parte del activo del deudor; 3º Haber aumentado fraudulentamente el pasivo del deudor; 4º Haber llevado una contabilidad ficticia o hecho desaparecer documentos contables de la empresa o de la persona jurídica, o haberse abstenido de llevar cualquier tipo de contabilidad cuando los textos aplicables obligasen a ello; 5º Haber llevado una contabilidad manifiestamente incompleta o irregular con respecto a las disposiciones legales.

En caso de que el deudor haya sido declarado en bancarrota, además de los efectos penales legalmente previstos, ello conlleva la posibilidad de recuperación por parte de los acreedores de las acciones judiciales para la reclamación de sus créditos, desapareciendo, por tanto, los beneficios de la liberación.

El procedimiento penal se iniciará bien a instancia del Ministerio Fiscal, bien por constitución de parte civil del administrador, mandatario judicial, representante de los trabajadores, auditor para la ejecución del plan, el liquidador o de la mayoría de los acreedores nombrados interventores cuando el mandatario judicial debidamente facultado para ello no hubiera ejercitado las acciones previstas, tras un requerimiento que no hubiera surtido efecto en el plazo y las condiciones establecidas por decreto adoptado en *Conseil d'Etat*, art. L 654-17. No obstante, según el art. L 654-16 del C. Commerce para la aplicación de las disposiciones de las secciones 1 y 2 del presente capítulo, la prescripción de la acción pública no será efectiva hasta el día de la resolución de apertura del procedimiento de salvaguarda, de saneamiento judicial o de liquidación judicial cuando los hechos de los que se le acusa se hubieran producido antes de dicha fecha.

Al igual que en el caso del consumidor la liberación solo produce sus efectos en relación a la persona física, en tanto que la persona jurídica se extingue como consecuencia de la sentencia que acuerda la liquidación judicial,

pues así viene establecido en el art. 1844-7.7 del Código Civil. La liberación de deudas de la persona jurídica se produce como consecuencia directa de su extinción y, en consecuencia, de la desaparición de la personalidad y no como un efecto autónomo. En cualquier caso se contempla, como garantía de los acreedores la extensión de la responsabilidad a los administradores de la sociedad en los términos del artículo L 651-2 C. Comm. que establece que: *“Cuando al finalizar un plan de salvaguarda o de saneamiento judicial, o un procedimiento de liquidación judicial de una persona jurídica, se pusiera de manifiesto una insuficiencia de activo, el Tribunal podrá decidir, en caso de que una falta de gestión haya contribuido a generar esta insuficiencia de activo, que los créditos de la persona jurídica sean sufragados, en su totalidad o en parte, por todos o algunos de los dirigentes de hecho o de derecho responsables directa o indirectamente de dicha falta. Si hubiera varios dirigentes, el Tribunal podrá declararlos solidariamente responsables, mediante resolución motivada. La acción prescribirá a los tres años contados a partir de la resolución de aprobación del plan de saneamiento judicial o, en su defecto, de la resolución que dicte la liquidación judicial o ponga fin al plan. Las cantidades pagadas por los dirigentes en aplicación del párrafo primero entrarán en el patrimonio del deudor. Estas cantidades serán distribuidas entre todos los acreedores al prorrateo”*.

La responsabilidad se extiende a los dirigentes de una persona jurídica de derecho privado que estuviera sometida a un procedimiento colectivo, así como a las personas físicas representantes permanentes de estos dirigentes personas jurídicas, art. L 651-1 C. Comm. Para que opere esta responsabilidad es necesario, no obstante que, tal y como dispone el art. L 651-3 C. Comm. que se solicite por el mandatario judicial, el liquidador o el Ministerio Fiscal Subsidiariamente, en caso de inactividad del mandatario judicial, se podrá conocer del asunto, a favor del interés colectivo de los acreedores a instancia de la mayoría de los acreedores nombrados interventores.

En conclusión, la liberación de deudas en el derecho francés se produce de modo automático, como consecuencia de la constatación de una inexistencia de bienes para hacer frente al pago de las deudas preexistentes, sin necesidad de solicitud expresa por parte del deudor. No obstante, no

contempla un procedimiento uniforme en todo caso, sino que la condición del sujeto determina el procedimiento a seguir. Así, para el consumidor el procedimiento está fuertemente administrativizado, en tanto que para los comerciantes el procedimiento es judicial. También los requisitos o el test de discharge o requisitos de la buena fe difieren, pues son más exigentes en el caso del comerciante, precisamente porque dado que actúa en el tráfico económico, la repercusión de la liberación tiene una mayor trascendencia, lo que exige mayor cautela en su reconocimiento.

3.- EL MODELO ITALIANO DE EXONERACIÓN EMPRESARIAL DE RESPONSABILIDAD Y TRATAMIENTO ESPECÍFICO DEL CONSUMIDOR

La exoneración de deudas o *Esdebitazione* regulada en los arts. 142 a 144 de la *Legge Fallimentare*³³⁷, fue introducida en Derecho italiano en virtud del D. Lgs. 12 Septiembre de 2007, n. 169, que a su vez hacía uso de la delegación legislativa otorgada por la Ley de 14 mayo 2005, n. 80 que en su art. 1, 6ª 13 prevé la introducción de la figura de la *Esdebitazione*, siendo acordada en virtud de resolución judicial tras decretarse la clausura del procedimiento de quiebra. Así se establece en el art. 143 LFall que: "*El Tribunal, con el Decreto de conclusión de la quiebra o por solicitud del deudor presentada dentro del año siguiente, verificadas las condiciones contempladas*

³³⁷ El tema ha sido tratado por la doctrina italiana entre otros por FERRI, C. "L'Esdebitazione" en Il Fallimento nº 9/2005, pág.1085 y ss.; MARCHITTO, L. "Appunti in tema di esdebitazione del fallito", en Riv. notar., 2008, I, pág. 843; NICODEMO, L. "Effetti del fallimento per il debitore ed esdebitazione", en AMBROSINI, S. dir., Le nuove procedure concorsuali, Torino-Bologna, 2006, pág. 89; NORELLI, E. "L'esdebitazione", en FABIANI, M, PATTI, A. dir., La tutela dei diritti nella riforma fallimentare, Milano, 2006; PANZANI, L. "L'esdebitazione. La riforma del fallimento e delle procedure concorsuali: una riforma mancata", en Le società, 2007, pág. 475; PASI, F. "L'esdebitazione", en FAUCEGLIA, G. dir., Fallimento e altre procedure concorsuali, Torino, 2009; SANTORO, V. "Comentario a los artículos 142-144", en NIGRO, A. SANDULLI, M., SANTORO, V. dir., La legge fallimentare dopo la riforma, II, Torino, 2010, pág. 1861 ss.; SANTORO, V. en "La liberación de deudas (Esdebitazione) en el Derecho Italiano". RcP, La Ley 13/2010 pág. 411 y ss; SCARSELLI, G. "L'esdebitazione della nuova legge fallimentare", en Dir. fall., 2007, I, pág.29; SCARSELLI, G. "L'esdebitazione e la soddisfazione dei creditori chirografari", en Fallimento, 2008, pág. 819; SCARSELLI, G. "L'incostituzionalità dell'istituto dell'esdebitazione", en Foro it., 2008, I, pág. 2393; STELLA RICHTER, M. "L'esdebitazione", en AA.VV., Diritto fallimentare, Milano, 2008.

en el artículo 142 y teniendo en cuenta el comportamiento de colaboración del mismo, oídos el curador y el Comité de acreedores, declarará inexigibles las deudas concursales frente al deudor ya declarado en quiebra no satisfechas en su totalidad". Este beneficio supone una importante excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal contenido en el art. 2740 C. Civile, según el cual el deudor responde con todos sus bienes, presentes y futuros, del cumplimiento de sus obligaciones.

La opción de política legislativa de introducir la exoneración de deudas en el Derecho italiano se basa en la posibilidad de que el empresario honesto pero desafortunado se pueda liberar de sus deudas lo que constituiría un incentivo para el inicio de una actividad empresarial y, asimismo, anima a sujetos que ya se hayan visto sometidos a un procedimiento de insolvencia a volver a participar en la actividad económica, lo que se conoce como "*fresh start*". Se supone además que el deudor, dado que podría beneficiarse de la liberación y, por tanto, gozar plenamente de sus ingresos futuros, resultará incentivado para acudir a tiempo al procedimiento concursal, siendo precisamente el deudor quien dispone de la mejor información sobre su actividad; de ahí que pueda procurar la apertura del procedimiento en el momento oportuno antes de que la empresa como mecanismo de producción de beneficios produzca pérdidas. No obstante, debe resaltarse que en Derecho italiano la solicitud de quiebra por el propio empresario no es requisito para la obtención del beneficio³³⁸, no limitándose, por tanto, éste a los supuestos de quiebra voluntaria.

3.1.- Ámbito subjetivo de la exoneración de deudas en derecho italiano

El hecho de que la liberación del deudor (*Esdebitazione*) se produzca, por tanto, en el marco del procedimiento de quiebra, plantea la cuestión relativa al ámbito subjetivo del beneficio, dado que solo podrán beneficiarse de la

³³⁸ SANTORO, V. en "La liberación de deudas (*Esdebitazione*) en el Derecho Italiano". Op. Cit. Pág. 412. En el mismo sentido PASI, F. "L'esdebitazione". Op cit. Pág.1354 y SCARSELLI, G. "L'esdebitazione della nuova legge fallimentare". Op. Cit. Pág. 31.

misma aquellos que puedan someterse a ese procedimiento, no presidiendo en este punto la *Legge Fallimentare*, frente a lo que acontece en la Ley Concursal española, un principio de unidad subjetiva. En este sentido conforme dispone el art. 1 de la L Fall. solo pueden someterse a la quiebra los empresarios que ejerzan una actividad comercial y que no pueda considerarse un pequeño empresario por no superar los umbrales que el propio art. 1 establece. De entre los sujetos que pueden someterse a la quiebra el beneficio de la liberación solo opera respecto de la persona física. Así lo establece el art. 142 L Fall cuando dispone que: “*El quebrado persona física tiene derecho al beneficio de la liberación de deudas...*”, por tanto el ámbito subjetivo del beneficio se limita al empresario individual³³⁹, excluyéndose la persona física que no ejerza una actividad comercial o, incluso el empresario individual que ejerza una actividad de reducidas dimensiones, así como los empresarios persona jurídicas.

Las sociedades, por tanto, no pueden gozar del beneficio de la liberación de deudas, lo que conlleva una opción de política legislativa de carácter restrictivo en cuanto a la aplicación de la “*Esdebitazione*” en Derecho italiano que encuentra probablemente su justificación en razones de política jurídica. En el caso de las sociedades capitalistas, los socios ya han gozado de la limitación de responsabilidad y la liberación de deudas les permitiría conseguir por segunda vez un beneficio equivalente³⁴⁰.

Diferente, sin embargo, ha de ser el planteamiento del tema respecto de la exclusión del consumidor del instituto de la liberación de deudas que en Derecho italiano no ha estado exenta de polémica. Así, algunos autores han planteado dudas en torno a la constitucionalidad de la figura desde la consideración de la paridad de trato, ya que quedan excluidos del beneficio precisamente los sujetos económicamente más débiles. En el marco de una reforma que no sólo elimina las connotaciones moralmente negativas ligadas a la figura del quebrado, sino que permite asimismo al empresario desafortunado liberarse de la deuda, se debe compartir el argumento de que la quiebra, dados

³³⁹ También se admite para el socio que responde ilimitadamente de las deudas de la sociedad quebrada. Así lo afirman, entre otros, SANTORO, V. en “La liberación de deudas (Esdebitazione) en el Derecho Italiano”. Op. Cit. Pág. 413 y PASI, F. “L'esdebitazione”. Op cit. Pág. 1353, ibídem Pág. 1358.

³⁴⁰ SANTORO, V. en “La liberación de deudas (Esdebitazione) en el Derecho Italiano”. Op. Cit. Pág. 416.

los costes que comporta, no debe afectar ni a la pequeña empresa ni al deudor civil. Sin embargo, para este sector doctrinal no se entiende por qué el instituto objeto de estudio, siempre por supuesto que fuera convenientemente reformado, no puede o no debe ser de aplicación general, sobre todo si se piensa que en los países de donde procede se aplica especialmente a los deudores civiles y a los empresarios de dimensiones más modestas³⁴¹. Se pretende de este modo evitar la exclusión social de las personas que no pueden superar su situación de sobreendeudamiento. En este sentido debe destacarse la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 5 de octubre de 2007, (Com (2007) 584 final) que tiene como enunciado: *“Superar el estigma del fracaso empresarial —Por una política que ofrezca una segunda oportunidad. Ejecución de la Asociación para el Crecimiento y el Empleo de Lisboa—*”, o el Informe del Grupo de expertos de la comisión Europea de enero de 2011 sobre: *“A second chance for entrepreneurs: prevention of bankruptcy, simplification of bankruptcy procedures and support for a fresh start”*, que contemplan el derecho del deudor a un *fresh start*.

Se podría considerar, no obstante, que la exclusión en Derecho italiano del ámbito de la *“Esdebitazione”* del empresario de reducidas dimensiones, así como del consumidor, es fruto de una elección consciente del legislador. La explicación, una vez más, podría hallarse en la evidencia empírica surgida de algunos estudios realizados en los Estados Unidos de los cuales resulta que una disciplina de la liberación de deudas demasiado favorable para los deudores induce a los acreedores fuertes (en particular a los bancos) a ser más selectivos en la concesión de crédito y, por tanto, a un aumento del coste de los créditos para los sujetos económicamente más débiles. Favoreciendo en este marco la liberación del quebrado precisamente a aquellos sujetos con patrimonios más valiosos o que, en cualquier caso, pudieran ofrecer garantías de terceros. Por eso, el legislador italiano, siendo realista, habría limitado el beneficio de la discharge a las empresas de mayores dimensiones. No obstante con la reforma, se ha pasado a establecer expresamente (nuevo texto del art. 1, párrafo 2 L Fall) que la carga de la prueba en relación con el

³⁴¹ Ibídem. Pág. 413.

cumplimiento de los requisitos de tamaño necesarios para quedar excluido de la quiebra incumbe al deudor, por lo que bastaría con que éste no ofrezca tal prueba para que quede sometido al procedimiento de quiebra pudiendo, al mismo tiempo, gozar del beneficio de la liberación de deudas, con lo que podría parecer que se habría recuperado el principio de paridad entre todos los empresarios³⁴².

Para otro sector doctrinal la opción de política legislativa del legislador italiano estaría fundada en la consideración de que sólo la crisis de la empresa exige regulaciones específicas, específicos instrumentos del gobierno, porque sólo estas crisis constituyen un elemento de perturbación, de carácter general, sobre el tejido de las relaciones económicas y jurídicas, sea porque pueden comportar, a su vez, la crisis de aquellos otros, normalmente otras empresas, que hayan tenido relaciones con la empresa en dificultades, sea porque inmovilizan improductivamente factores que podrían ser utilizados de modo más provechoso en otro lugar, elemento este de perturbación que debería ser eliminado en aras de la tutela del sistema económico y de la propia lógica del mercado. Por otra parte, la crisis del sujeto privado no empresario, tiene repercusiones más limitadas y circunscritas, lo que no justifica, en términos de coste, la utilización de instrumentos complejos y articulados como aquellos proporcionados en el caso de las crisis empresariales³⁴³.

Existe a menudo la tendencia a olvidar que la condición imprescindible de eficacia de los procedimientos de solución de las crisis patrimoniales es, en el marco del sistema, su economicidad. Esta expresión debe entenderse, de un lado, y en general, en el sentido de que, en términos de coste/beneficio (en sentido lato), las ventajas que de aquellos procedimientos puedan producirse a los interesados (deudores, acreedores, colectividad) serían superiores o, al menos no inferiores, a las desventajas que de los mismos puedan derivarse. De otro lado, en el sentido de que, en términos monetarios, los costes (en el sentido de gastos) de los procedimientos no absorban la utilidad que generan. En efecto, dado que las crisis patrimoniales, por definición, son situaciones

³⁴² SANTORO, V. en "La liberación de deudas (Esdebitazione) en el Derecho Italiano". Op. Cit. Pág. 415, en el mismo sentido PASI, F. "L'esdebitazione". Op cit. Pág. 1357.

³⁴³ NIGRO, A. en "La insolvencia de las familias en el Derecho Italiano" en ADCo, Aranzadi 12/2007-3. Pág. 218.

caracterizadas por la escasa disponibilidad de recursos respecto a las necesidades generadas; parece necesario evitar que los recursos escasos se destinen en su totalidad o en una parte relevante a cubrir los gastos del instrumento de solución de la crisis, no siendo tampoco adecuado asignar tales costes a la colectividad. De otro lado, no hay que olvidar que los procedimientos concursales o paraconcursoales de solución de las crisis patrimoniales comportan, de modo casi inevitable, la intervención de terceros sujetos o de terceras entidades y esta intervención, evidentemente, conlleva un coste económico³⁴⁴.

Desde estas consideraciones para este sector doctrinal italiano, la aplicación generalizada de la liberación a todo tipo de deudores sería un error, porque la “*Esdebitazione*” en los procedimientos concursales constituiría una pieza más de los mecanismos de regulación de la relación deudor-acreedores, de la que, en ocasiones, constituye un efecto eventual, que no debería, por tanto, ser considerada en sí misma. Es un error, por otro lado, porque la liberación, en sí misma considerada, no es un valor. Esta institución constituye un coste, individual y colectivo: individual, porque se traduce en una pérdida sin más para los acreedores; y colectivo porque, al poner en crisis principios fundamentales de la responsabilidad y de la garantía patrimonial, genera correcciones, en términos, por ejemplo, de aumento generalizado del coste del crédito. La liberación, por lo tanto, no se autojustifica: siendo necesario que se apoye con razones específicas, o, si se prefiere, es preciso que se encuentren contrapartidas. Tampoco resulta convincente, para este sector doctrinal, la tesis según la cual la liberación sería una simple constatación de una situación de hecho, que haría que los acreedores no satisfechos por el procedimiento permanecieran en todo caso insatisfechos también en el futuro, pues si la situación fuese efectivamente así habría que dudar del propio sentido de semejante constatación. En cuanto a la conexión entre la liberación y el fresh start, en el sentido de que aquella, permite recomponer la actividad libre de la carga de las deudas anteriores, se argumenta lo acertado de la consideración, pero sobre el plano del interés general, en el que el fresh start puede tener un cierto sentido y relevancia con referencia a la actividad económica y por lo

³⁴⁴ Ibídem. Pág. 222 y ss.

tanto a los empresarios, pero no necesariamente en relación a los particulares³⁴⁵.

Otros autores han abogado por la aplicación del beneficio a los particulares en un procedimiento simplificado aplicable al deudor civil al margen del procedimiento concursal³⁴⁶. Esta es la tesis que al final se ha impuesto, como analizaremos más adelante, tras la publicación del DL nº 179 de 18 de octubre de 2012 que modifica la Ley de 27 de enero de 2012.

Lo cierto es que la introducción en Derecho italiano de la institución de la *“Esdebitazione”*, aún limitada al empresario persona física no ha estado exenta de críticas, habiendo cuestionado algún autor la conveniencia y oportunidad de introducir una institución extranjera simplemente traduciendo la norma y haciéndola propia. A diferencia de otros sistemas el interés económico no puede modificar el principio de primacía de la Ley que es un punto de referencia de la seguridad en las relaciones sociales, lo que sugeriría dudas acerca de la constitucionalidad de la norma³⁴⁷.

3.2.- Requisitos de la liberación de deudas en el derecho italiano: el test de “esdebitazione”

Los requisitos para obtener el beneficio de la *Esdebitazione* se establecen en el propio art. 142 L. Fall., en el que se dispone que: *“El quebrado persona física tiene derecho al beneficio de la liberación de deudas restantes no satisfechas respecto a los acreedores concursales, a condición de que:*

1) Haya cooperado con los órganos del procedimiento, proporcionando toda la información y documentación útil para el aseguramiento del pasivo y trabajado para el correcto desarrollo del procedimiento;

³⁴⁵ Ibídem. Pág. 223 y ss.

³⁴⁶ FERRI, C: “L’Esdebitazione” en Il Fallimento nº 9/2005. Pág. 1093 igualmente PASI, F. “L’esdebitazione”. Op cit. Pág. 1356.

³⁴⁷ SCARSELLI, G. “L’esdebitazione della nuova legge fallimentare”, Op. Cit. Pág. 42, opinión que mantiene el mismo autor en SCARSELLI, G. “L’incostituzionalità dell’istituto dell’esdebitazione”, Op. Cit. Pág. 2395 y ss.

2) no haya en modo alguno retrasado o contribuido a retrasar el procedimiento;

3) no haya violado las disposiciones del artículo 48;

4) no se haya beneficiado de otra liberación de deudas en los diez años anteriores a la solicitud;

5) no haya ocultado el activo, indicado pasivo inexistente, provocado o agravado la insolvencia, en particular mediante la alteración o la ocultación de documentación de tal manera que no sea posible conocer la composición del patrimonio o los negocios en los que hubiera intervenido o haya recurrido abusivamente al crédito;

6) haya sido condenado por sentencia firme por delitos de quiebra fraudulenta o contra la hacienda pública, industria y comercio y otros delitos cometidos en relación con el ejercicio de los negocios, excepto que en relación a esos delitos haya sido rehabilitado. Si se estuviera tramitando un proceso penal por cualquiera de estos delitos, el Tribunal suspenderá el proceso hasta la resolución del proceso penal.

La liberación de deudas no podrá concederse si no hubieran sido satisfechos, al menos parcialmente, los acreedores concursales”.

Se trata de unos requisitos de carácter moralizante, con cuya exigencia se persigue, en alguna medida, impedir que puedan acceder a la liberación determinados deudores profesionales o quebrados oportunistas que pudieran abusar del beneficio en perjuicio de sus acreedores, ocultando información relevante, disfrutando de un patrimonio oculto o, en fin, habiendo manifestado una conducta poco ejemplar en relación a su actividad empresarial. Queda así, acertadamente, la institución reservada al empresario desafortunado pero honesto.

Los requisitos para la obtención del beneficio de la liberación de deudas podrían clasificarse en tres grupos. De un lado, el relativo a la facilitación de información por parte del deudor y la colaboración de éste en la tramitación del procedimiento, previendo la Ley italiana que sea el mismo deudor quebrado

el que deba ofrecer las más profundas y detalladas informaciones acerca de la composición de su patrimonio y acerca de los bienes y de cualesquiera actividades que puedan ser objeto de ejecución por parte de los acreedores. Por ello subordina la liberación del deudor a la transparencia tanto informativa como, más concretamente, documental (art. 142, nº. 1, L. Fall). Además, la información debe acompañarse de un comportamiento correcto y coherente del quebrado tendente a colaborar activamente con los órganos del procedimiento, por ejemplo, facilitando la recuperación de bienes o de créditos del quebrado que estén en manos de terceros o en el extranjero; asimismo, el quebrado no debe tener una conducta, incluso pasiva, que tienda directa o indirectamente a retrasar el procedimiento (art. 142, nº. 2, L. Fall.). El legislador presume, en particular, que no colabora el quebrado que no cumpla con su obligación de entregar su correspondencia, en la actualidad también la electrónica, al curador (art. 142, nº. 3, que reenvía al art. 48 L. Fall.)³⁴⁸.

El segundo grupo se refiere a conductas que ponen de manifiesto un comportamiento, abusivo, fraudulento u oportunista por parte del deudor solicitante. Existe el temor de que, como ya sucede en otros ordenamientos, la liberación de deudas pueda favorecer la astucia de aquellos a los que algún sector de la doctrina ya ha calificado, acertadamente, como “quebrados profesionales”, excluyendo el legislador con el fin de evitar dichos comportamientos, la liberación del quebrado en caso de comportamientos claramente oportunistas del deudor. Son considerados así, de un lado, la reincidencia en el sometimiento a un procedimiento concursal, en concreto el hecho de haber obtenido el beneficio de la liberación de deudas dentro de los diez años anteriores (art. 142, nº. 4, L. Fall); y de otro lado, la ocultación de activo, la expresión de pasivo inexistente, la provocación o agravación de la insolvencia, en particular mediante la alteración o la ocultación de documentación de tal manera que no sea posible conocer la composición del patrimonio o los negocios en los que hubiera intervenido (art. 142, nº. 5, L. Fall.); finalmente, la condena o la transacción por delitos concursales, de naturaleza patrimonial o incluso los que se encuentren ligados de alguna

³⁴⁸ SANTORO, V. en “La liberación de deudas (Esdebitazione) en el Derecho Italiano”. Op. Cit. Pág. 418.

manera a la actividad empresarial, como por ejemplo los relativos al medio ambiente o a la edificación (art. 142, nº. 6, L. Fall.) y el recurso abusivo al crédito (art. 142, nº. 5, L. Fall.). Algunos de los supuestos previstos en los números 5) y 6) del art 142 se superponen entre sí teniendo en cuenta que, por ejemplo, la expresión de pasivo inexistente podría incardinarse, si hubiera buscado disimular la insolvencia, tanto en el número 5) como en el número 6) del art. 142 L. Fall. Ello quiere decir que algunos comportamientos del deudor aunque deban juzgarse como irrelevantes desde el punto de vista penal, podrían suponer su exclusión del beneficio de la liberación de deudas si se pudieran incluir en las previsiones del nº. 5. En consecuencia, si la rehabilitación posterior a una condena firme permitiría el acceso a la liberación de deudas, ello podría resultar insuficiente en función de lo previsto en el nº. 5 del art. 142 L. Fall³⁴⁹.

Dentro del tercer grupo se incluiría el requisito relativo a la satisfacción parcial de los acreedores, que constituye más bien, tal y como ha sido interpretado por la doctrina, un presupuesto objetivo de la liberación³⁵⁰. La liberación del quebrado pretende incentivar el afloramiento de todos los recursos con los cuales los acreedores podrían satisfacerse. Esta finalidad resulta tan relevante en la búsqueda del equilibrio de intereses, que el art. 142, párrafo 2, establece que: *“la liberación de deudas no podrá concederse si no hubieran sido satisfechos, al menos parcialmente, los acreedores concursales”*. Por tanto, no se admite que el quebrado intente demostrar que no dispone de bien alguno (concurso sin masa), resultando evidente que el legislador presume que en estos supuestos sería responsabilidad del quebrado la de haber diferido la apertura del procedimiento hasta el punto de que los bienes, de los que no podía no hacer uso para el ejercicio de la empresa, se hubieren perdido, por lo que como consecuencia a la conclusión de la quiebra no logra la liberación. En tal sentido, la satisfacción parcial de todos los acreedores constituye presupuesto objetivo de la liberación, que reduce considerablemente el ámbito del beneficio³⁵¹ sin que como ha manifestado la doctrina pueda decirse que la norma haga surgir dudas en cuanto a la constitucionalidad desde

³⁴⁹ Ibídem. Pág. 418 y ss.

³⁵⁰ Ibídem. Pág. 416.

³⁵¹ PASI, F. “L'esdebitazione”. Op cit. Pág. 1359.

el punto de vista de la paridad de trato por el hecho de que la imposibilidad de satisfacción parcial de los acreedores podría, en algunos supuestos, no depender de comportamientos debidos al deudor, sino del todo imprevisibles o accidentales. Como se ha apuntado por algún auto es cierto que un acontecimiento de fuerza mayor podría no dejar en el concurso elementos suficientes para el pago, ni siquiera parcial, de los acreedores. Sin embargo, tales sucesos pueden y deben ser objeto de seguro por el empresario prudente con vistas al interés de los acreedores y, se sobrentiende, del suyo propio. Recuérdese, de hecho, que con la liberación el legislador ha pretendido incentivar comportamientos virtuosos del deudor, entre los cuales figura la cobertura de los riesgos provenientes de hechos extraordinarios³⁵².

3.3.- Ámbito material de la liberación de deudas

El ámbito objetivo del beneficio se define en el art. 142 3º L. Fall. de un modo negativo al establecer que: *"Quedan excluidas de la liberación de deudas:*

a) las obligaciones de mantenimiento y de alimentos y cualesquiera obligaciones relacionadas ajenas al ejercicio de la empresa;

b) las obligaciones por daños y perjuicios derivadas de daño ilícito extracontractual, así como las sanciones penales y administrativas de carácter pecuniario que no sean accesorias a la deuda extinguida".

En ambos casos se trata de obligaciones extrañas a la actividad de empresa, salvo el caso de algunas sanciones pecuniarias, de donde se deduce que la liberación de deudas, como incentivo al mantenimiento de comportamientos empresariales honestos, debe resultar neutral con respecto a las obligaciones aludidas.

³⁵² SANTORO, V. en "La liberación de deudas (Esdebitazione) en el Derecho Italiano". Op. Cit. Pág. 416.

Más concretamente, el motivo que justifica la exclusión del beneficio con respecto a la primera categoría de deudas es de orden fundamentalmente moral y funcional con respecto al principio general de la solidaridad en el ámbito familiar. Sería particularmente cuestionable que el quebrado pudiera liberarse de deudas procedentes de obligaciones solidarias, porque ello constituiría un incentivo para que los individuos de moral más disoluta quebraran con el fin de poder sustraerse a la solidaridad.

El motivo de la exclusión de la segunda categoría de deudas relativo a la responsabilidad extracontractual se encuentra en el hecho de que los acreedores involuntarios, esto es, los procedentes de hecho ilícito y el Estado y los entes públicos en cuanto impongan una sanción pecuniaria, no se hallan en grado de autotutelarse mediante la realización de una evaluación preventiva de la calidad patrimonial del deudor. También en este caso la inclusión de esta categoría de deudas en la liberación constituiría un fuerte incentivo para los comportamientos disolutos capaz de estimular los ilícitos civiles, administrativos y penales³⁵³.

La liberación de deudas del quebrado no conlleva efecto liberatorio alguno para los coobligados, el fiador del quebrado y los obligados en vía de regreso. Así lo establece el art. 142 in fine L. Fall. al disponer que: *“Quedan a salvo los derechos contraídos por los acreedores frente a los coobligados, el fiador del deudor y los obligados en vía de regreso”*. La norma es similar a la establecida para el convenio de la quiebra en los arts. 135, párrafo 1, y 184, párrafo 1, L. Fall. Tales sujetos, en el mismo sentido de lo que se opina a propósito de los efectos de la homologación del convenio, deben satisfacer la deuda por completo aunque podrían repetir del coobligado o del deudor principal quebrado si bien sólo en “moneda de quiebra”. Frente a lo que acontece en el convenio en el que la norma concreta referida a los coobligados serviría de incentivo a la aceptación del convenio por parte de los acreedores garantizados, ya que su renuncia parcial al crédito vendría compensada por el mantenimiento íntegro del derecho de crédito contra los coobligados, los fiadores y los obligados en vía de regreso, en sede de liberación, en el que la

³⁵³ Ibídem. Pág. 419.

voluntad del acreedor no es determinante de la producción del efecto, no puede ser éste el fundamento. En el ámbito de L'Esdebitazione la exclusión de los coobligados de la liberación de deudas constituiría más bien un efecto natural, o una consecuencia del carácter autónomo de la coobligación o de la prestación de la garantía. Incluso existen razones de orden público que habrían llevado al legislador a no extender los efectos liberatorios de la liberación de deudas a los coobligados y tales razones se encuentran en el hecho de que los coobligados no pueden favorecerse del beneficio porque, dada su cercanía al quebrado, disponen de la mejor información acerca del patrimonio de este último y, especialmente en el caso de asunción voluntaria de la obligación, dejando de formar parte de los acreedores con su comportamiento³⁵⁴.

3.4.- Los efectos de la liberación de deudas

La consecuencia de la liberación de deudas es que el crédito concursal que no se haya satisfecho por entero se convierte en inexigible; en otras palabras, el crédito derivado de una obligación civil perfecta se degrada "ex lege" a simple derecho moral; mutando la condición del deudor como obligado en un sentido pleno, a un deudor natural, por lo que la obligación no se extingue. Por tanto, a pesar de la liberación de deudas, el deudor quebrado podría ser consciente de la exigibilidad moral y cumplir de forma voluntaria lo que podría decidir hacer de diversas maneras. Por ejemplo, podría decidir pagar sólo los sueldos y las liquidaciones de los trabajadores o, por el contrario, en función de un deber social decidir pagar sólo a los bancos para facilitar su acceso al crédito en el futuro. Cuando ello ocurra, el deudor no podrá con posterioridad arrepentirse de su gesto y repetir del acreedor lo pagado, ya que según el art. 2034, párrafo 1, C Civile no se admite la repetición de lo que se haya entregado de forma voluntaria en ejecución de obligaciones de carácter moral o social³⁵⁵.

³⁵⁴ Ibídem. Pág. 420.

³⁵⁵ En este sentido SANTORO, V. en "La liberación de deudas (Esdebitazione) en el Derecho Italiano". Op. Cit. Pág. 421. Para SCARSELLI, G. "L'esdebitazione della nuova legge

El acreedor, como consecuencia de la liberación de deudas, no podrá iniciar acciones ejecutivas, ni podrá continuar las iniciadas en el caso de que dicha liberación de deudas sea decidida con posterioridad a su ejercicio, pudiendo en este marco el deudor quebrado podrá hacer valer el beneficio de la liberación de deudas como excepción y como oposición a la ejecución.

Este efecto se predica no solo de los acreedores que hayan insinuado sus créditos en la quiebra, sino también de los acreedores anteriores a la apertura del procedimiento de quiebra que no hayan solicitado la admisión al pasivo de la misma, produciéndose el efecto de la liberación hasta el límite de la parte atribuida a los acreedores concursales en el procedimiento de quiebra, según la norma del art. 144 L. Fall.

El procedimiento de la liberación de deudas no se puede iniciar antes de la conclusión de la quiebra, aunque termine mediante convenio, y nunca después de pasado un año de aquella, no presentando rasgos negociales, a diferencia de lo que sucede con el convenio. De este modo, los acreedores no tienen que expresar su voluntad al respecto ni directa ni indirectamente, sino que es un efecto que depende exclusivamente de la comprobación del cumplimiento de los presupuestos legales atribuida al juez según el art. 143 L. Fall³⁵⁶. En el caso de que estuviera en marcha un procedimiento penal por los delitos regulados en el n. 6 del art. 142, el Juez de la quiebra debe suspender el procedimiento hasta que concluya el penal, con lo que la liberación podría surgir en un plazo muy superior al de un año.

Dado que el quebrado está legitimado para solicitar la conclusión, podrá en tal sede solicitar también la liberación de deudas, lo que conlleva la necesidad de que el Juez, una vez que haya decidido la conclusión del procedimiento, se pronuncie expresamente acerca del acogimiento o del rechazo de la otra petición, pudiendo el quebrado recurrir una resolución negativa según los arts. 26 y 143, párrafo 2, L. Fall.

fallimentare”, Op. Cit. Pág. 33 y ss, el derecho de crédito por efecto de la liberación se degrada a una suerte de mero interés legítimo, produciéndose en suma una especie de expropiación del derecho del acreedor sin derecho a indemnización alguna.

³⁵⁶ SCARSELLI, G. “L'esdebitazione della nuova legge fallimentare”, Op. Cit. Pág. 33.

La decisión del Juez reviste forma de auto, pudiendo ser éste último el mismo con el que se declara la conclusión de la quiebra, o bien un auto específico siempre que se proceda a partir de una solicitud posterior de deudor. Será necesario que el Juez fije una audiencia de contradicción durante la cual las partes, entre éstas los acreedores a los que se notificará la solicitud del deudor y cualquier otro interesado, como puede ser el coobligado y el fiador, podrán discutir en un contradictorio con el quebrado las cuestiones que sean objeto de desacuerdo y aportar, respectivamente, pruebas relativas a las alegaciones controvertidas. A tal audiencia deberán ser invitados el curador y el comité de acreedores, ya que deben ser oídos obligatoriamente.

La norma mencionada no preveía que debieran participar en el procedimiento todos los acreedores anteriores a la quiebra, además de otros interesados, aunque la decisión fuera destinada a tener el efecto de cosa juzgada frente a ellos. La exclusión de los acreedores como partes necesarias del procedimiento, ha llevado al Tribunal Constitucional a declarar la inconstitucionalidad de la norma sobre la base del art. 24 de la Constitución italiana, que garantiza el derecho a la defensa y al contradictorio³⁵⁷. El Tribunal ha declarado inconstitucional el art. 143 *“por lo que se refiere a la parte en que no prevé la notificación, a cargo del solicitante y en las formas previstas por los arts. 137 ss. CPC (incluyendo, si concurren los requisitos, lo previsto en el art. 150 CPC) a los acreedores concurrentes que no hayan sido satisfechos por completo, de la solicitud con la cual el deudor, que fue declarado en quiebra, pide en el año posterior a la conclusión formal de la quiebra, la admisión al beneficio de la liberación de las deudas residuales”*. La sentencia del Tribunal Constitucional exige implícitamente que el Juez fije una audiencia donde se deberá producir un contradictorio, lo que impide que el Juez pueda pronunciarse de oficio como parecía dejar entender la letra de la norma, quedando así superadas las discusiones doctrinales surgidas sobre el particular³⁵⁸.

³⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Italiano de 30 de mayo de 2008. Un comentario sobre la misma puede verse en SCARSELLI, G. “L'incostituzionalità dell'istituto dell'esdebitazione”, Op. Cit. Pág. 2395 y ss.

³⁵⁸ Tesis que defendía SCARSELLI, G. en “L'esdebitazione della nuova legge fallimentare”, Op. Cit. Pág. 35, en contra PASI, F. “L'esdebitazione”. Op cit. Pág. 1362.

Contra el auto que decide sobre la liberación de deudas cabe recurrir legitimándose para ello activamente al deudor; los acreedores que no hayan sido satisfechos por completo, el Ministerio Fiscal y cualquier otro interesado.

El deudor está legitimado para recurrir la desestimación de su recurso encontrándose en la misma posición procesal del deudor sus causahabientes; estando asimismo legitimados en vía subrogatoria los acreedores sucesivos del deudor. Los acreedores están legitimados para recurrir contra el pronunciamiento favorable al recurso del deudor y en la misma posición procesal se encuentran cuantos sean titulares de un derecho dependiente del derecho del acreedor que pueda ser perjudicado por la liberación de deudas. El Ministerio Fiscal puede recurrir tanto el rechazo como el pronunciamiento favorable al recurso del deudor, asumiendo los demás interesados la posición procesal, según los casos, del deudor o de los acreedores.

Finalmente, resulta posible el recurso de casación según el art. 111 de la Constitución italiana, ya que se tratará siempre de una resolución susceptible de perjudicar el derecho subjetivo de los acreedores a recuperar su crédito, que no es impugnabile de otro modo³⁵⁹.

3.5.- La liberación de deudas de las personas físicas no comerciantes

Dado que el legislador italiano se decantó por excluir a los consumidores del procedimiento de quiebra y, en consecuencia del beneficio de la “*Esdebitazione*”, la prevención de la insolvencia del consumidor venía dada por la adopción de medidas preventivas³⁶⁰. En este sentido hay que destacar las labores legislativas para la trasposición al Ordenamiento Italiano de la directiva 2008/48/CE en materia de crédito al consumo y el principio del préstamo responsable; así como la Propuesta de Ley nº 2364 cuyo objeto era la regulación de un procedimiento de composición de la crisis y que tiene por

³⁵⁹ SCARSELLI, G. en “L'esdebitazione della nuova legge fallimentare”, Op. Cit. Pág. 38 y ss.

³⁶⁰ FALCONE, G., “Prestito responsabile e sovraindebitamento del consumatore” en Revista de Diritto Fallimentare 2010 I, pág. 652.

objeto la realización de un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, abriendo así una vía de solución a la insolvencia de los consumidores y de quienes no pueden someterse al procedimiento de quiebra. Estos trabajos legislativos culminaron con el D. Legislativo 141/2010 de 13 de agosto que traspone al Derecho italiano la directiva 2008/48/CE; así como la Ley 3/2012 que regula un procedimiento reestructuración de las deudas derivadas de una situación de sobreendeudamiento.

Esta reforma pretende dar respuesta a los problemas derivados del sobreendeudamiento de los particulares versión civil de la insolvencia, que implica una situación de permanente desequilibrio económico entre las obligaciones asumidas y el patrimonio disponible para hacerle frente³⁶¹, a través de una propuesta de acuerdo de reestructuración de deudas entre el deudor y sus acreedores, incluyéndose, no obstante, en el instituto elementos típicamente concursales, como la posibilidad de que el Juez, durante la tramitación de la propuesta y hasta su homologación, acuerde por ciento veinte días la paralización de las ejecuciones individuales y la imposibilidad de iniciarlas respecto a deudas anteriores a la propuesta de acuerdo presentada por el deudor, plazo de suspensión que se extiende al plazo de un año una vez que el acuerdo sea homologado.

El problema era que seguía sin contemplarse un posterior procedimiento concursal destinado a la composición de la crisis de los sujetos excluidos del ámbito de la art. 1 L. Fall., ni se establecía medida alguna, salvo la ineficacia del acuerdo, en caso de que el acuerdo de reestructuración sea de imposible cumplimiento, ya que en modo alguno se contemplaba la “*Esdebitazione*”³⁶². Para solucionar dicha carencia se aprueba el DL n° 179 de 18 de octubre de 2012 que modifica la Ley 3/2012 de 27 de enero³⁶³, introduciendo para los

³⁶¹ Ibídem. Pág. 655 y ss.

³⁶² Sobre la reciente reforma del Derecho italiano en materia de sobreendeudamiento puede verse a FALCONE, G.: “La reforma del Derecho italiano de tratamiento de las crisis por sobreendeudamiento”. RcP. La Ley, n° 17/2012. Pág. 331 y ss; GUIOTTO, A.: “La nuova procedura per l’insolvenza del soggetto nom fallibile: osservazioni in itinere”. Il Fallimento, n° 1/2012. Pág. 21 y ss.; PACCHI, S.: “El sobreendeudamiento. El régimen italiano de iure condito y de iure condendo”. ADCo. Aranzadi. N° 29/2013. Pág. 323 y ss.

³⁶³ Sobre este tema puede verse a PANZANI, L. en: “La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012”, en “Treccani.it, L’Enciclopedia Italiana”, 2013. Disponible en

sujetos que pueden someterse a este procedimiento de reestructuración de deudas un procedimiento de liquidación patrimonial y como resultado final del proceso el instituto de la *“Esdebitazione”*.

A la liquidación, regulada en los arts. 14 ter a 14 duodecies, se puede acceder, tanto directamente por petición del deudor que se encuentre en estado de sobreendeudamiento, como consecuencia del fracaso de un acuerdo de reestructuración de deudas. La liquidación tiene por objeto la realización de los bienes embargables o ejecutables del deudor para convertirlos en dinero con el que poder pagar a los acreedores. Desde la apertura de la liquidación se paralizan y se impide iniciar acción ejecutiva alguna contra los bienes del deudor. Con el decreto de apertura el Juez nombrará un liquidador que realizará el inventario de los bienes y procederá a la realización de los mismos y pago a los acreedores.

La *“Esdebitazione”*, regulada en el art. 14 terdecies, aparece, al igual que lo que acontece en la quiebra, como la fase final del proceso liquidatorio del que resulta pasivo insatisfecho. Su regulación es muy similar a lo dispuesto para la quiebra.

Así, según el art. 14 terdecies, el deudor persona física tiene derecho al beneficio de la liberación de deudas restantes no satisfechas respecto a los acreedores concursales, siempre que haya cooperado para el correcto desarrollo del procedimiento, proporcionando toda la información y documentación útil; no haya en modo alguno retrasado o contribuido a retrasar el procedimiento; no se haya beneficiado de otra liberación de deudas en los ocho años anteriores a la solicitud; no haya sido condenado por sentencia firme por alguno de los delitos comprendidos en el art. 16, relativos a la realización de falsedad documental o actos fraudulentos para el acceso al proceso de reestructuración de deudas, ocultando su real situación de solvencia, o durante el procedimiento realice pagos no previstos en el acuerdo, o tras el mismo y durante el periodo de su vigencia agrave intencionadamente su posición deudora, o intencionadamente no cumpla el acuerdo. Así mismo, debe haber

realizado, en los cuatro años a los que se refiere el art. 14 undecies una actividad productiva adaptada a sus capacidades o, en todo caso, haber intentado una ocupación y no ha rechazado, sin razón justificada, ofertas del empleo. Además, han de haber sido satisfechos, al menos parcialmente, los acreedores concursales.

No se concederá el beneficio, que queda excluido, según el citado precepto, cuando el sobreendeudamiento sea imputable al deudor por el recurso irresponsable al crédito y de modo desproporcionado con respecto a su capacidad patrimonial; así como cuando el deudor, en los cinco años anteriores la apertura de la liquidación o en el curso la misma, ha realizado actos dispositivos en fraude y perjuicio de sus acreedores, pagos u otros actos dispositivos sobre su patrimonio, o simulado un título de prelación para favorecer algunos acreedores en perjuicio de otros.

Se trata, al igual que en el caso de la quiebra, de unos requisitos moralizantes a fin de limitar el acceso a la *“Esdebitazione”* al deudor que, por superar el test de *“discharge”*, podemos considerar honesto pero desafortunado. Los requisitos son casi coincidentes con los de la quiebra, añadiéndose la referencia a las infracciones específicas del art. 16 y a la obligación de realizar una actividad productiva o al menos haberlo intentado. Se mantiene, con la misma indefinición que en la quiebra, el requisito del pago parcial de las deudas concursales, sin especificar qué porcentaje debe haberse satisfecho, lo que probablemente, de lugar a problemas interpretativos en orden a la concesión del beneficio.

En cualquier caso, la liberación de deudas no opera respecto de las deudas por mantenimiento y por alimentos, así como las obligaciones por daños y perjuicios derivadas de daño ilícito extracontractual y las sanciones penales y administrativas de carácter pecuniario que no sean accesorias a la deuda extinguida. Tampoco quedan afectadas las deudas tributarias que, trayendo causa en hechos anteriores al decreto de apertura del procedimiento, se han determinado posteriormente en razón del conocimiento sobrevenido de nuevas circunstancias.

La liberación de deudas se acuerda por el Juez por solicitud del deudor, formulada dentro del año siguiente a la conclusión de la liquidación, oídos los acreedores y verificado por el Juez el cumplimiento de todos los requisitos legales. La resolución es recurrible por los acreedores que no han visto íntegramente satisfechos sus créditos.

La “Esdebitazione” puede ser revocada en cualquier momento a instancia de los acreedores si resulta que concurrían las circunstancias del apartado 2 b) del art. 14 terdecies, es decir cuando el deudor, en los cinco años anteriores la apertura de la liquidación o en el curso la misma, ha realizado actos dispositivos en fraude y perjuicio de sus acreedores, pagos u otros actos dispositivos sobre su patrimonio, o simulado un título de prelación para favorecer algunos acreedores al daño de otras; así como en los casos en los que con dolo o culpa grave haya aumentado o disminuido su pasivo, haya distraído u ocultado una parte relevante de su activo o haya simulado una actividad inexistente.

Las incidencias que surjan se resolverán por los trámites de los arts. 737 y ss. CPC que regulan los procesos de familia y relativos al estado civil de las personas, que se considera derecho procesal complementario.

El DL nº 179 de 18 de octubre de 2012, culmina una serie de reformas tendentes a colmar una laguna existente en el derecho italiano relativa a la ausencia de instrumentos para resolver los problemas derivados del sobreendeudamiento del consumidor o del pequeño comerciante y lo hace, al margen del procedimiento de quiebra, pero introduciendo instituciones típicamente concursales, entre ellas, siguiendo las pautas de otros países del entorno jurídico-económico, la liberación de deudas o “*discharge*”, que se aplicará a todo deudor persona física se someta a uno u otro procedimiento.

4.- LA EXONERACIÓN “PROGRESIVA” Y “ESCALONADA” DE DEUDAS EN EL MODELO ALEMÁN: “TEST DE DISCHARGE Y PERIODO DE BUENA CONDUCTA”

4.1.- La exoneración de deudas de consumidores y comerciantes: trámite y presupuestos

La entrada en vigor de la *Insolvenzordnung* (InsO) el día 1 de enero de 1999 supuso la incorporación al ordenamiento jurídico alemán de un mecanismo mediante el cual los consumidores y las personas naturales pueden solicitar y, en su caso, obtener, la liberación de las deudas³⁶⁴. De hecho la liberación de esas deudas aparece como uno de los objetivos de la InsO en cuya exposición de motivos se recoge como una declaración programática que *“los deudores honestos deben tener la oportunidad de liberarse de las deudas pendientes”*. Para ello el legislador alemán utiliza tres mecanismos. Uno aplicable, por lo general, a las personas jurídicas dentro de un *“insolvenzplan”*; otro específico de los consumidores, que pueden acceder al

³⁶⁴ La figura de la Liberación de deudas ha sido estudiada, entre otros, por: BLÖSE: “Erleichterung der Sanierung von Unternehmen Referentenentwurf des ESUG”, GmbHHR, 2001, R81; BORK: “Grundfragen des Restrukturierungsrecht”, ZIP 2010. Pág. 397; FRIND: “Zum Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen”, ZINsO 2010. Pág.1473 y ss.; HÖLZLE: “Die erleichterte Sanierung von Unternehmen in der Nomenklatur der InsO” en hehres Regelungsziel des RefE-ESUG; KRESSER: “Debt-equity-swaps im Insolvenzplanverfahren de lege ferenda”, ZInsO 2010. Pág. 1409; RENDÉLS: “ESUG: Richtige Tendenzen des Referentenentwurfs”, InDAT-Report, 2011. Pág. 46; RIGGERT: “Die Auswahl des Insolvenzverwalters -Gläubigerbeteiligung des Referentenentwurfs zur InsO”, NZI 2011. Pág.121 SCHMIDT, K.: “Fundamentos del Nuevo Derecho Concursal Alemán- la ley alemana de insolvencia de 1994 (InsO)- “Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001. GARCÍA VILLAVARDE, R., ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J. Dir. Madrid, 2002. Pág. 15 y ss.; SCHMIDT, K: “La reforma del Derecho concursal italiano y del Derecho alemán (un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva alemana)”. ADCo, Aranzadi. Nº 10, 2007. Pág. 309; SCHMIDT, K: “El Derecho alemán. Una comedia de equivocaciones”, en Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar. CUENA CASAS, M. y COLINA MEDIAVILLA, J.L. coordinadores. Cizur Menor, 2009. Pág. 417 y ss. Entre nosotros se han ocupado del tema PULGAR EZQUERRA, J.: “Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del Bienestar”. RcP, La Ley nº 9/2009. Pág. 43 y ss.; ÁLVAREZ VEGA, M.I., La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente. Cizur Menor, 2010. Pág. 126 y ss.; FERNÁNDEZ CARRIÓN, C. El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas. Cizur Menor, 2008. Pág. 125 y ss.; FERRÉ, J.: “La liberación de deudas en el concurso del consumidor (un apunte de derecho alemán)”, en ADCo, Aranzadi nº 7. Pág.205 y ss.; RUBIO VICENTE, P.J.: “A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso” RcP nº 6/2007. La Ley. Pág. 133 y ss.; TRUJILLO DÍAZ, I.J.: “El sobreendeudamiento de los consumidores”. Granada, 2003; ZABALETA DIAZ, M.: “La condonación de las deudas pendientes en el Derecho concursal alemán”, en Estudios sobre la Ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia. Tomo I. Madrid, 2005. Pág. 885 y ss.

mismo a través de un procedimiento concursal reservado a los mismos denominado "*Restschulddfreierung*", regulado en los arts. 286 a 303 de la InsO; y un tercer mecanismo, de aplicación general, al que pueden acogerse todas las personas físicas tras liquidar su patrimonio.

La introducción del procedimiento de liberación de deudas en el derecho alemán, se enmarca en el movimiento legislativo de otros muchos países que, siguiendo el modelo norteamericano del *fresh start*, han introducido tal institución en sus ordenamientos. Como ha resaltado un relevante sector de la doctrina alemana la principal ventaja de esta regulación se basa en el clima sociopolítico que la rodea. Antes de la promulgación de la Ordenanza de Insolvencias existía una discusión en la que se calificaba al procedimiento concursal como la "*torre de los deudores*" (*Schuldturm*), calificación que se basaba en que los acreedores seguían teniendo el derecho de exigir la parte impagada de su crédito una vez clausurado el concurso. La opinión pública entendía que la "*torre de los deudores*" (una prisión para los deudores insolventes) no había sido plenamente abolida, sino que, simplemente, se la había reemplazado con el Derecho concursal. La "liberación" de las deudas, por el contrario, daría a la persona física una auténtica esperanza de volver a la "existencia civil" corriente³⁶⁵. Precisamente la introducción de esta institución ha supuesto la proliferación de los procedimientos concursales en los últimos años en Alemania ya que muchos consumidores están acudiendo masivamente a la posibilidad que les proporciona el nuevo Derecho de insolvencias de desprenderse de la carga que suponen las obligaciones que no pueden atender, así como el carácter prácticamente gratuito que, para ellos, tiene este procedimiento³⁶⁶.

El *Restschulddfreierung* constituye un procedimiento específico para los consumidores, por ello es preciso determinar que es un consumidor a los efectos de acogerse a este tipo de procedimiento. Según se afirma en la

³⁶⁵ SCHMIDT, K. "La reforma del Derecho concursal italiano y del Derecho alemán (un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva alemana)". ADCo, Aranzadi. Nº 10, 2007. Pág. 309.

³⁶⁶ FERRÉ, J., La liberación de deudas en el concurso del consumidor (un apunte de derecho alemán), Op. Cit. Pág.207.

doctrina³⁶⁷, el consumidor, en el sentido referido por los artículos 304 a 314 de la *Insolvenzordnung*, es aquella persona física que no desarrolla ni ha desarrollado ninguna actividad económica (por ejemplo, un empleado, un funcionario, un jubilado, una ama de casa, etc.), no siendo relevante el tamaño de su patrimonio, sino, únicamente, la ausencia misma de una actividad económica independiente, lo que excluye de su ámbito a todas las sociedades, incluso aquéllas sin personalidad jurídica. El mismo criterio se mantiene por parte de la jurisprudencia, desde la que se indica que si el deudor, siendo una persona natural, desarrolla una actividad económica, queda incluido en el ámbito del procedimiento normal de insolvencia no teniendo trascendencia el tamaño de la actividad desarrollada ni el carácter accesorio de la actividad independiente³⁶⁸. Debe señalarse que, si bien el legislador alemán excluye del concurso del consumidor a quienes hayan contraído sus deudas en el marco de una actividad económica, con independencia de que la misma haya finalizado al solicitarse la apertura del concurso (art. 304.1.1 InsO), la propia Ley prevé una excepción para algunos supuestos de deudores que acrediten deudas que sean consecuencia de una anterior actividad económica, los cuales podrán someterse al concurso del consumidor cuando no tengan contraído ningún crédito de tipo laboral (art. 304.1.2 InsO), y el deudor, en el momento de la solicitud de concurso, tenga menos de veinte acreedores.

La principal consecuencia de que el deudor obtenga la consideración de consumidor en el Derecho concursal alemán es la tramitación de un procedimiento diferenciado del previsto con carácter general para el resto de deudores, que se caracteriza por su simplificación. Este procedimiento, a diferencia del ordinario, contempla dos posibles negociaciones con los acreedores, solución que en el procedimiento concursal no se exige, sino que se establece como una posibilidad (*Insolvenzplan*) a la que los deudores acuden de manera infrecuente³⁶⁹. En el concurso del consumidor, la administración del patrimonio del deudor se encomienda a un profesional llamado fiduciario (*Treuhänder*), cargo para el que son nombrados quienes

³⁶⁷ Ibídem. Pág.212.

³⁶⁸ Vid. Sentencia del BGH de 14 de noviembre de 2002.

³⁶⁹ FERRÉ, J., La liberación de deudas en el concurso del consumidor (un apunte de derecho alemán), Op. Cit. Pág. 214.

también desarrollan la profesión de administrador concursal (*Insolvenzverwalter*), si bien en el concurso del consumidor están dotados de menores facultades que en el concurso normal, entre cuyas funciones está la primordial de realizar un informe previo sobre la situación económica del deudor que servirá para decidir sobre la eventual apertura del proceso, trámite que queda excluido del proceso concursal del consumidor³⁷⁰.

Este procedimiento simplificado consta de tres fases y se dirige a la obtención de la declaración judicial de liberación de las deudas. El proceso se inicia como un intento de convenio extrajudicial con los acreedores (art. 305.1.1 InsO), el cual es requisito indispensable para la solicitud de apertura del concurso, debiéndose haber realizado hasta 6 meses antes de la solicitud de apertura del concurso. Los convenios que presentan normalmente los deudores no contienen una propuesta de pago o en caso de contenerse de sumas insignificantes, con lo que, en la práctica totalidad de los casos, la propuesta conlleva la negativa o la ignorancia de los acreedores³⁷¹. Seguidamente, el deudor presenta la solicitud de apertura del concurso, juntamente con la solicitud de liberación de deudas, que implica la tramitación de un intento de convenio judicial con los acreedores (arts. 306-310 InsO), esta vez bajo la supervisión del Juez. La tramitación de este convenio judicial es facultativa, pudiendo decidir el Juzgado que, ante la posición previamente mantenida por los acreedores, resulta ocioso tramitar de nuevo el convenio.

A partir de ahí se inicia el procedimiento propiamente de insolvencia (arts. 311-314 InsO), que conlleva el nombramiento de un fiduciario (*Treuhänder*), el cual llevará a cabo las funciones que, en el procedimiento normal, le corresponden al administrador concursal. El fiduciario se ocupará de administrar los bienes del deudor, de informar sobre su situación económica, sobre las causas de la insolvencia y sobre la concurrencia de los requisitos para la obtención de la liberación de deudas, así como de reconocer los créditos que le sean comunicados. El proceso se estructura en torno a dos juntas de acreedores, una primera (*Prüfungstermin*) que tiene como finalidad principal el reconocimiento de los créditos y otra, llamada de cierre

³⁷⁰ Ibídem.

³⁷¹ Así lo afirma FERRÉ, J., Ibídem. Pág.215.

(*Schlusstermin*), en la que se comunica a los acreedores la opinión del fiduciario sobre la solicitud del deudor de obtener la exoneración de deudas, y en la que los acreedores pueden oponer, en su caso, los motivos por el cual dicha solicitud deba ser rechazada. Esta parte del proceso finaliza con una resolución del Juzgado concediendo provisionalmente la liberación de deudas o bien rechazándola en caso de que concurra algún motivo para ello, si bien la práctica muestra que la concesión del beneficio concursal tiene un carácter prácticamente automático³⁷².

La resolución judicial concediendo provisionalmente la exoneración de deudas da lugar al inicio del trámite específico dirigido a obtener tal liberación con carácter definitivo. No obstante, antes de continuar conviene recordar que a esa liberación definitiva se puede llegar por dos vías distintas. Una, a través del procedimiento específico de insolvencia de consumidores al que no hemos referido brevemente en los párrafos precedentes. Otra, una vez concluido el procedimiento ordinario de insolvencia, cuando el deudor sea una persona natural (art. 286 InsO), que no haya podido acudir al procedimiento simplificado de consumidores y solicite tal liberación, normalmente porque se trate de un empresario individual³⁷³.

Por lo que se refiere a las personas jurídicas, no les resulta aplicable el procedimiento de condonación de deudas, ya que en estos casos la solución del procedimiento de insolvencia es, bien la liquidación, en cuyo caso la persona jurídica se extingue y con su extinción cesa también su responsabilidad, o bien el saneamiento a través de un plan de insolvencia, en el que se podrán acordar fórmulas de liberación de deudas³⁷⁴.

El procedimiento de liberación de deudas se regula en los arts. 286 a 303 InsO y consta de dos fases. La primera fase tiene por objeto la admisión

³⁷² *Ibidem*. Pág. 216.

³⁷³ El procedimiento ha sido modificado recientemente por la Ley para la reducción de la duración del procedimiento de liberación de deuda y para el fortalecimiento de los derechos de los acreedores de 15 de julio de 2013, (Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte Bundesgesetzblatt Teil I 2013 Nr. 38 18.07.2013 S. 2379) que entrará en vigor el 1 de julio de 2014, para solicitudes posteriores a dicha fecha. Vid. a este respecto más ampliamente el apartado 4.4 del presente capítulo.

³⁷⁴ ZABALETA DIAZ, M.: "La condonación de las deudas pendientes en el Derecho concursal alemán". Op. Cit. Pág. 907.

preliminar de la solicitud que tiene carácter provisional. En realidad esta fase también forma parte del procedimiento común o simplificado de insolvencia. Se inicia con la solicitud de liberación de deudas del deudor que se realiza junto con la petición de apertura del concurso. En el caso del procedimiento común la decisión judicial, reconociendo o denegando el beneficio, se adopta tras el *Schlusstermin* (arts. 289.1 y 291 InsO), que supone, asimismo, la conclusión del procedimiento concursal. En el caso del concurso simplificado del consumidor, la resolución judicial también coincide con la resolución de cierre del procedimiento concursal. La segunda fase si tiene carácter específico y solo se inicia si la resolución judicial admite provisionalmente la solicitud de liberación de deudas. Esta fase se estructura sobre la base de un periodo de buena conducta supervisado por el fiduciario, que se extiende por un periodo de seis años y concluirá, en su caso, con la resolución definitiva reconociendo el beneficio de la liberación de deudas o *Restschuldbefreiung*.

Para poder acceder a la exoneración es necesario que el deudor no esté incurso en ninguna de las causas que impiden disfrutar del beneficio de la discharge establecidas en los arts. 290.1 y 314.3 de la InsO. Estas causas son las siguientes: haber sido condenado por un delito de insolvencia de los previstos en los artículos 283-283c StGB (*Strafgesetzbuch* o Código Penal) (art. 290.1.1 InsO), haber ofrecido una información incorrecta o incompleta sobre su situación económica y patrimonial (art. 290.1.2 InsO), haber obtenido o solicitado la liberación de deudas en un período de diez años anterior a la petición de apertura del concurso (art. 290.1.3 InsO), llevar un modo de vida despilfarrador, haber incumplido las obligaciones de información y de cooperación (art. 290.1.5 InsO), haber presentado listas de sus acreedores, de su patrimonio o de sus ingresos que sean incorrectas o incompletas (art. 290.1.6 InsO), o, por último, haber incumplido la obligación de pago que, en relación con el fiduciario, está prevista para el deudor en el artículo 314.3,f 2 de la *Insolvenzordnung*. Con estas prohibiciones se pretende lograr que solo accedan al beneficio de la liberación los deudores honestos y que hayan cooperado con el procedimiento de insolvencia y excluir a aquellos que hayan sido considerados culpables de un delito de insolvencia, hayan contribuido de

modo negligente a su situación de insolvencia o hayan adoptado una actitud obstruccionista durante el procedimiento.

En relación a la primera de las causas de exclusión, relativa a la condena por delito de insolvencia, la condena debe ser firme y de fecha anterior a la *Schlusstermin* y no es necesario que esté relacionada con el proceso de insolvencia en el que se tramita la solicitud de liberación de deudas³⁷⁵.

Respecto a la segunda causa de exclusión de acuerdo con la jurisprudencia, se podrá objetar la concesión de la liberación de deudas respecto de aquel deudor que, en el plazo de tres años anteriores a la solicitud de apertura del concurso o después de dicha solicitud, haya proporcionado, con premeditación o grave negligencia, una incorrecta o incompleta información escrita sobre su situación económica, con la finalidad de obtener un crédito, conseguir prestaciones de fondos públicos o para evitar dar prestaciones a la cajas públicas,³⁷⁶ si bien no es necesario que la información la haya entregado el propio deudor, siempre que un tercero lo haya hecho en su nombre y bajo su conocimiento y consentimiento³⁷⁷. Según un sector de la doctrina, no es necesario que el acreedor que se oponga a la liberación de deudas haya sido directamente perjudicado por la información incorrecta o incompleta del deudor³⁷⁸.

En cuanto a la limitación temporal de diez años se afirma en la doctrina que el procedimiento de liberación de las deudas pendientes debe ser un medio a disposición de personas que pasan una situación apurada, no un mecanismo para la reducción repetida de las deudas³⁷⁹. El mismo efecto se produce en caso de clausura anticipada de un procedimiento de liberación de

³⁷⁵ Vid. Sentencia BGH de 18 de diciembre de 2002.

³⁷⁶ Sentencia BGH de 22 de mayo de 2003.

³⁷⁷ Sentencia BGH de 11 de septiembre de 2003.

³⁷⁸ Vid. FERRÉ, J., La liberación de deudas en el concurso del consumidor (un apunte de derecho alemán), Op. Cit. Infra pág. 221.

³⁷⁹ *Ibidem*.

deudas por incumplimiento de las obligaciones del deudor durante el periodo de buena conducta³⁸⁰

En relación al modo de vida despilfarrador se refiere al hecho de que el deudor, en el año anterior a la solicitud de apertura del concurso, o después de haber presentado ésta, haya perjudicado, de modo premeditado o gravemente negligente, la satisfacción de los acreedores, al haber asumido obligaciones inadecuadas o al haber despilfarrado su patrimonio sin tener en cuenta la previsión de una mejoría de su situación económica, habiendo retrasado de este modo la apertura del proceso de insolvencia (art. 290.1.4 InsO). Se considera que el deudor ha asumido obligaciones inadecuadas siempre que las compras realizadas no se hallen en relación razonable con sus ingresos. Un caso típico de despilfarro del patrimonio es el de adquisiciones de bienes de lujo (aviones, yates, viajes de vacaciones caros). Según la doctrina, este supuesto se produce principalmente cuando dichas compras no se encuentran en relación con el patrimonio total del deudor y con sus ingresos regulares³⁸¹. Como se ha apuntado por algún autor, la liberación de deudas como beneficio contradice un comportamiento de endeudamiento excesivo intencionado por parte del deudor³⁸²

También se considera causa de exclusión el haber incumplido las obligaciones de información y cooperación, haber presentado listas de sus acreedores, de su patrimonio o de sus ingresos que sean incorrectas o incompletas. Este supuesto de exclusión del beneficio de discharge concurre en el caso de que el deudor, durante el procedimiento de insolvencia, haya incumplido, de manera dolosa o gravemente negligente, sus obligaciones de información y de cooperación. La norma sanciona, por tanto, una falta de cooperación del deudor en el concurso, cooperación que viene exigida legalmente³⁸³.

³⁸⁰ ZABALETA DIAZ, M.: "La condonación de las deudas pendientes en el Derecho concursal alemán". Op. Cit. Pág. 898.

³⁸¹ FERRÉ, J., La liberación de deudas en el concurso del consumidor (un apunte de derecho alemán), Op. Cit. Infra pág. 221.

³⁸² ZABALETA DIAZ, M.: "La condonación de las deudas pendientes en el Derecho concursal alemán". Op. Cit. Pág. 898.

³⁸³ Respecto a estas obligaciones de cooperación e información Vid. Arts. 97, 98 y 101 InsO.

En relación con estas prohibiciones, conviene recordar que el artículo 314 InsO contempla una causa de denegación de la condonación de deudas, específica del procedimiento abreviado. En el citado precepto se contempla la posibilidad de sustituir la realización de la masa activa por la entrega de una cantidad proporcional a su valor para su reparto entre los acreedores. Si el deudor incumpliese su obligación de entrega en los plazos legalmente establecidos, no podrá posteriormente solicitar y obtener la condonación de las deudas pendientes.

El deudor, salvo que haya obtenido el beneficio de justicia gratuita o la prórroga del pago de los gastos, debe soportar los gastos derivados del procedimiento de insolvencia. Por ello como última causa de exclusión del beneficio se recoge en la InsO el haber incumplido la obligación de pago que, en relación con el fiduciario, está prevista para el deudor en el artículo 314.3, f 2 de la InsO.

Como se ha resaltado por algún autor junto a estos requisitos subjetivos, el legislador alemán no ha establecido ningún requisito de carácter objetivo, ya que no se exige la existencia de un determinado activo, y en este sentido no se garantiza a los acreedores un grado mínimo de satisfacción de sus créditos³⁸⁴.

La liberación de deudas, como beneficio concedido al deudor para la superación de una complicada situación económica, puede ser discutida por parte de sus acreedores o del propio profesional encargado por el Juez de administrar su patrimonio. La posibilidad de oponerse a la concesión de ese beneficio concursal está establecida en dos momentos del proceso. Por un lado, el deudor y el fiduciario pueden oponerse a dicha concesión en la Junta de cierre del proceso común invocando las causas de exclusión previstas en los artículos 290.1 y 314.3 de la InsO. Los acreedores deben plantear su oposición en el momento de la *Schlusstermin* ya que, una vez dictada la decisión acerca del comienzo del proceso de liberación de deudas, les habrá precluido dicha posibilidad. Si nadie hace uso de su facultad de objeción en la

³⁸⁴ ZABALETA DIAZ, M.: “La condonación de las deudas pendientes en el Derecho concursal alemán”. Op. Cit. Pág. 899.

junta de cierre, el Juzgado dictará un auto concediendo la liberación de las deudas, pero sometiendo su obtención definitiva al cumplimiento del antes referido período de buena conducta, durante cuya tramitación, pueden los acreedores objetar la concesión de dicho beneficio cuando consideren que concurre alguna de las causas previstas en los artículos 296 a 298 de la InsO.

4.2.- Reconocimiento provisional y periodo de buena conducta

El reconocimiento provisional del beneficio de la liberación de deudas, en tanto que supone la conclusión del procedimiento común o especial de insolvencia implica la recuperación por parte del deudor de sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, si bien limitada a sus bienes futuros, pues los que conformaban su patrimonio habrán sido objeto de realización en el procedimiento de insolvencia³⁸⁵.

Durante el llamado período de buena conducta el deudor debe observar una serie de obligaciones, cuyo incumplimiento puede dar lugar, como hemos visto, a que le sea negada la liberación de sus deudas. Esas obligaciones están contenidas en el artículo 295 InsO, y se concretan en la necesidad de que el deudor lleve a cabo una actividad que le permita ganar dinero y, en caso de que esté desempleado, busque trabajo y no rechace las ofertas que reciba; la cesión al fiduciario de la parte embargable de su salario y la entrega al mismo de la mitad de las cantidades que el deudor reciba en concepto de herencia o similar; informar al juzgado y al fiduciario de cualquier modificación de su domicilio o su situación laboral, así como de su situación patrimonial, y estar dispuesto a dar a aquéllos la información que le sea solicitada; finalmente, hacer todos los pagos a los acreedores a través del fiduciario y no prestar un trato especial a ningún acreedor. Precisamente, para evitar ventajas para algún o algunos acreedores, durante ese periodo de espera no se admitirán ejecuciones singulares sobre el patrimonio del deudor y será nulo todo acuerdo

³⁸⁵ *Ibídem.* Pág. 901.

de éste o de otra persona con acreedores individuales en cuya virtud éstos obtengan algún tipo de ventaja en relación con el resto, tal y como establece el art. 294 InsO.

Si el deudor incumple alguna de estas obligaciones y perjudica, de este modo, la satisfacción de sus acreedores, podrán éstos oponerse, en cualquier momento del periodo de buena conducta a la concesión de la liberación de deudas, si bien la Ley excluye los casos en los que el deudor no haya incurrido en culpa (art. 296.2 InsO). Transcurrido el período previsto para la liberación de las deudas, se celebrará la correspondiente junta de acreedores, con asistencia del fiduciario (art. 300.1 InsO), y en caso de que no exista ninguna objeción de alguno de ellos, el Juez concederá automáticamente la liberación definitiva de las deudas pendientes, la cual sólo podría ser impugnada, en su caso, por el tiempo y causas establecidas en el artículo 303 InsO.

Es, precisamente, ese periodo de buena conducta y las obligaciones que el deudor asume durante dicho periodo, las que caracterizan a la institución de la liberación de deudas en el derecho alemán.

En efecto, la primera obligación relativa a que el deudor lleve a cabo una actividad que le permita ganar dinero y, en caso de que esté desempleado, busque trabajo y no rechace las ofertas que reciba, se justifica al depender la satisfacción de los acreedores casi exclusivamente de los ingresos que el deudor obtenga con su trabajo, puesto que el resto de su patrimonio ya ha sido realizado y repartido entre sus acreedores, de donde el deudor está obligado a hacer todos los esfuerzos posibles por conseguir un empleo, lo que incluye aceptar ofertas de trabajo no relacionadas con su profesión, puestos de trabajo lejanos a su domicilio habitual e incluso trabajos ocasionales o temporales. No obstante se tendrán en cuenta las obligaciones familiares del deudor a la hora de determinar si la oferta de trabajo es o no razonable y si, consiguientemente, el deudor estaría obligado a aceptarla. Por otro lado, la realización ocasional de cursos de formación durante el tiempo en que el deudor se encuentre en situación de desempleo no supondría necesariamente una vulneración de su deber de desarrollar una actividad económica, siempre y cuando estos cursos faciliten el acceso del deudor a trabajos más cualificados y mejor remunerados,

favoreciéndose los intereses de los acreedores en la medida en que aumenten sus expectativas de cobro³⁸⁶.

La segunda obligación consiste en la entrega al fiduciario de la parte embargable de su salario y la mitad de las cantidades que el deudor reciba en concepto de herencia o similar. El fiduciario es nombrado por el Juez en el auto que resuelve sobre la solicitud del deudor. El nombramiento debe recaer en una persona física, pudiendo recaer el cargo en el mismo administrador concursal (art. 291.2 InsO). La remuneración del fiduciario corresponde al propio deudor y será fijada por el Tribunal (art. 298 InsO). Salvo que el deudor haya obtenido el aplazamiento de pago de los costes procesales, entre los que se incluye la retribución del fideicomisario, la falta de pago de esos costes supone la terminación anticipada del procedimiento, de la que nos ocuparemos más adelante. El fiduciario se somete al mismo estatuto que el administrador concursal, por lo que se somete a la supervisión del Tribunal, que le puede requerir la información que precise y ante quien debe rendir cuentas (art. 292 InsO). La función del fiduciario es la de servir de enlace entre el deudor y sus acreedores, atribuyéndose como competencia la distribución anual entre los acreedores de las cantidades obtenidas como consecuencia de la cesión de los créditos del deudor, debiendo mantener separadas de su patrimonio dichas cantidades. La Junta de acreedores, por su parte, puede encomendar al fiduciario la función de vigilar el cumplimiento por parte del deudor de sus obligaciones, función que no forma parte de sus actividades corrientes y que dará derecho a una retribución adicional, naciendo la obligación solo en tanto el pago de esa remuneración adicional esté debidamente cubierto (art. 292 InsO).

Además de la entrega de la parte embargable de su salario al fiduciario, debe entregarse a éste también la mitad de las cantidades obtenidas mortis causa. La limitación de la cuantía a entregar a la mitad de lo percibido parece responder a la intención del legislador de favorecer los intereses de los acreedores, ya que si debiera entregar la totalidad de lo percibido, es fácil

³⁸⁶ *Ibídem.* Pág. 904.

suponer que renunciaría a la herencia. Por el contrario, el deudor puede conservar los premios o regalos que adquiriera durante el procedimiento³⁸⁷.

Otras obligaciones del deudor durante el periodo de buena conducta se refieren a deberes de información y colaboración como son informar al juzgado y al fiduciario de cualquier modificación de su domicilio o su situación laboral, así como de su situación patrimonial, y estar dispuesto a dar a aquéllos la información que le sea solicitada.

Por último, existe una obligación de trato igualitario a los acreedores de tal modo que la satisfacción de los créditos sólo podrá realizarse a través del fiduciario, prohibiéndose el pago directo por el deudor y cualquier otra ventaja a acreedores aislados (art. 295.4 InsO).

Como contrapartida a estas obligaciones el deudor tiene derecho a percibir un porcentaje de las cantidades obtenidas en virtud de la cesión de rentas. El porcentaje será el del 10 por 100 a la expiración del cuarto año desde la clausura del procedimiento concursal y el 15 por 100 a la expiración del quinto año (art. 292 InsO). La finalidad de la norma no es otro que ofrecer un aliciente al deudor en la fase final del periodo de buena conducta³⁸⁸, restituyéndole parte de las cantidades que el mismo se ha visto obligado a entregar, permitiéndole así incrementar su poder adquisitivo al superar sus ingresos las rentas inembargables.

Aunque el periodo de buena conducta dura seis años, diversas circunstancias pueden justificar la conclusión anticipada del procedimiento. Procederá la conclusión anticipada del procedimiento si durante los seis años de espera el deudor incumple, mediando culpa, alguna de sus obligaciones, perjudicándose así la satisfacción de sus acreedores (art. 296 InsO), o si durante este período es condenado en sentencia firme por alguno de los delitos previstos en los párrafos del 283 al 283c del Código Penal (art. 297 InsO)³⁸⁹.

³⁸⁷ *Ibidem*. Pág. 905.

³⁸⁸ *Ibidem*. Pág. 903.

³⁸⁹ Ello aunque el procedimiento penal se hubiera iniciado antes del procedimiento de liberación de deudas. Conviene recordar que la falta de firmeza de la resolución penal impedía excluir al deudor del beneficio de la liberación de deudas. La firmeza posterior constituye una causa sobrevendida de exclusión que justifica la conclusión anticipada del procedimiento. En

En ambos supuestos, la legitimación para solicitar la denegación de la condonación de las deudas pendientes corresponde a los acreedores en el plazo de un año desde que tuvieron conocimiento del incumplimiento del deudor o de la existencia de la sentencia condenatoria.

También motivará la conclusión anticipada del procedimiento la falta de pago de las cantidades mínimas que corresponden al fiduciario en concepto de retribución tal y como establece el art. 298 InsO, si bien en este caso sólo procede la terminación anticipada del procedimiento a petición del propio fideicomisario y siempre que el deudor no haya obtenido el aplazamiento del pago de los costes procesales.

Como consecuencia de la clausura del procedimiento, se produce la revocación de la cesión a favor del fideicomisario, éste cesa en su cargo y los acreedores recuperan la plenitud de sus derechos sobre el patrimonio del deudor.

4.3.- Liberación definitiva. Efectos

Si transcurre el periodo de buena conducta de seis años y no se da ninguna de las circunstancias que motivarían la conclusión anticipada del procedimiento el Tribunal ratificará mediante auto la condonación de las deudas pendientes tal y como dispone el art. 300 InsO, previa audiencia de los acreedores, del deudor y del fideicomisario. El auto del Tribunal, que deberá ser objeto de publicación, podrá ser recurrido por aquellos acreedores que se hubieran opuesto a la condonación en el trámite de audiencia previa.

El Tribunal denegará la condonación de las deudas pendientes a solicitud de cualquier acreedor por incumplimiento por parte del deudor de sus obligaciones o si éste hubiera resultado condenado en sentencia firme por los delitos previstos en los parágrafos del 283 al 283c del Código Penal, así como

este sentido ZABALETA DIAZ, M.: “La condonación de las deudas pendientes en el Derecho concursal alemán”. Op. Cit. Pág. 898.

por falta de pago de la remuneración del fideicomisario, a no ser que el deudor hubiera obtenido una moratoria para el pago de las costas procesales.

La declaración de condonación de deudas vincula a todos los acreedores del deudor, incluidos aquellos que no hubiesen insinuado sus créditos en el procedimiento de insolvencia previo³⁹⁰. Con carácter general, se extinguen todos los créditos pendientes al momento de finalizar los seis años de espera, incluidos los tributarios. Sólo se exceptúan los créditos derivados de la responsabilidad del deudor por actos ilícitos perpetrados con dolo, las multas u obligaciones similares, tales como recargos o intereses, así como los créditos derivados de préstamos sin intereses concedidos al deudor para sufragar los costes del procedimiento concursal, así se dispone en el art. 302 InsO.

La condonación de deudas también libera al deudor concursal frente a sus deudores solidarios y fiadores, quienes no podrán repetir contra el deudor concursal, si bien los acreedores del deudor, mientras no hayan sido resarcidos sí conservarán sus derechos frente a éstos sobre la base de lo establecido en el art. 301 InsO. Por el contrario, no se verán afectados por la condonación los acreedores a los que se reconozca un derecho de cobro separado o al margen del concurso (*abgesonderte Befriedigung*) en la *Insolvenzordnung* alemana (arts. 49, 50, 51 InsO)³⁹¹.

No obstante lo anterior, dentro del año siguiente a la firmeza de la resolución, y a petición de cualquier acreedor, el Tribunal revocará la condonación de deudas si posteriormente resulta evidente que el deudor incumplió intencionadamente alguna de sus obligaciones, perjudicando con ello gravemente la satisfacción de sus acreedores (art. 303 InsO).

Corresponde al acreedor solicitante acreditar el incumplimiento por parte del deudor de alguna de sus obligaciones, así como que desconocía tal circunstancia con anterioridad al momento en que adquirió firmeza la resolución que ratificaba la condonación de deudas. El Tribunal resolverá sobre la petición

³⁹⁰ Ibídem. Pág. 906.

³⁹¹ Ibídem.

tras escuchar al deudor y al fideicomisario, y contra su resolución podrá interponer el correspondiente recurso el acreedor solicitante y el deudor.

El Derecho alemán mantiene el principio de unidad legal respecto a las personas físicas en general y los consumidores en particular, si bien, respecto de estos últimos, se establece un procedimiento especialmente simplificado. En este ámbito la condonación de las deudas pendientes se configura en el nuevo Derecho concursal alemán, como hemos visto, como uno de los objetivos del procedimiento de insolvencia. La nueva normativa no sólo atiende a los intereses de los acreedores, procurando la máxima satisfacción de sus créditos, sino que además pretende conciliarlos con la pretensión del deudor de liberarse del resto de créditos que no hayan resultado satisfechos tras la realización de su patrimonio. Como no puede pasarse por alto, la liberalización del deudor sólo puede ser a costa de los derechos de sus acreedores, y en este orden de cosas, se comprende que no falten voces que no duden en equiparar la condonación de deudas con una cuasi expropiación de los acreedores³⁹².

Por esta razón, no es de extrañar que en la regulación de esta nueva figura lata como particularidad del modelo alemán la preocupación del legislador por armonizar las pretensiones del deudor con los intereses de los acreedores, exigiendo de aquél todos los esfuerzos necesarios para la satisfacción de éstos³⁹³. Por ello, a diferencia de otros sistemas, la liberación no opera automáticamente, como consecuencia de la conclusión del procedimiento de insolvencia con insuficiencia de activo, sino que se establece un periodo de buena conducta con la finalidad de que los deudores cobren parte de sus deudas insatisfechas y el deudor se haga merecedor del beneficio.

³⁹² *Ibíd.* Pág. 907.

³⁹³ *Ibíd.*

4.4.- La “Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte” de 15 de julio de 2013.

Los consumidores alemanes con problemas para atender sus obligaciones están acogiéndose en gran número a la posibilidad que les brinda el nuevo Derecho concursal de dar una salida a su comprometida situación, lo que se explica, tanto por la perspectiva de poder obtener un nuevo inicio liberándose de las deudas pendientes, cuanto por la simplificación y práctica gratuidad del procedimiento establecido. Fruto de esta situación y de la facilidad con la que, con carácter general, los juzgados conceden el beneficio de la liberación de deudas, el concurso está empezando, poco a poco, a normalizarse entre los acreedores alemanes, lo que debe verse como una consecuencia positiva de la entrada en vigor de la *Insolvenzordnung*. Hay que constatar que, no obstante ese aspecto positivo de la reforma, lo cierto es que la práctica automaticidad con que se concede la liberación de las deudas y la efectiva gratuidad del procedimiento, han hecho levantar numerosas críticas entre los sectores implicados en esta materia, principalmente, el estamento judicial, que ha sufrido un desmesurado aumento de la carga de trabajo, los *Ländern*, que tienen que hacer frente a los cuantiosos gastos y los administradores concursales, cuya dedicación a estos procedimientos les supone una importante pérdida económica, lo que ha motivado el inicio de trabajos encaminados a reformar este sector del Derecho concursal³⁹⁴.

Estos trabajos se han dirigido fundamentalmente a abaratar los costes del procedimiento, pues como se ha afirmado por algún autor un procedimiento que no puede ser sufragado por cada individuo resulta difícilmente justificable³⁹⁵ y sin el aplazamiento de los gastos, que de facto implica la gratuidad del procedimiento, las personas sin recursos no podrían acceder al procedimiento de liberación de deudas que presupone la existencia de un procedimiento previo de insolvencia.

³⁹⁴ FERRÉ, J., La liberación de deudas en el concurso del consumidor (un apunte de derecho alemán), Op. Cit. Pág. 223.

³⁹⁵ SCHMIDT, K: “El Derecho alemán. Una comedia de equivocaciones”, Op. Cit. Pág. 422.

La reforma³⁹⁶ tenía por objeto desvincular el procedimiento de liberación de deudas del procedimiento de insolvencia, de tal modo que la falta de apertura de éste por falta de masa, no implique la imposibilidad de apertura de aquel. Para estos supuestos se asegura el pago de una cantidad simbólica por parte del deudor y la asunción por el Estado de los honorarios del fiduciario, que podrá asumir algunas de las funciones del administrador concursal. De este modo se esperaba cumplir dos objetivos: conseguir un procedimiento de liberación de deudas más sencillo y abaratar sustancialmente los costes del procedimiento³⁹⁷.

La tramitación legislativa culminó con la Ley para la reducción de la duración del procedimiento de liberación de deuda y para el fortalecimiento de los derechos de los acreedores de 15 de julio de 2013, (Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte Bundesgesetzblatt Teil I 2013 Nr. 38 18.07.2013 S. 2379) que entrará en vigor el 1 de julio de 2014, para solicitudes posteriores a dicha fecha.

Un punto central del cambio normativo es la creación de un plan de pagos para consumidores. Este procedimiento permite a los consumidores elaborar un plan de pagos atendiendo a todas las circunstancias del caso al objeto de concretar en qué cuantía y plazos debe saldarse la deuda. Dicho plan instituye una vía independiente, adaptada al caso concreto, para conseguir la liberación del pasivo independientemente de las exigencias legales impuestas respecto al tiempo y la cuantía de la satisfacción de las deudas.

En relación al procedimiento de liberación de deudas, la norma permite por vez primera a los deudores dar por concluido antes de los seis años el procedimiento de exoneración de deuda, contemplándose su conclusión tras tres años si han abonado en el plazo indicado un porcentaje del treinta y cinco por ciento de los créditos concursales o de cinco años si, como mínimo, asumen los costes del procedimiento. En los restantes casos, se mantiene el

³⁹⁶ Inició su tramitación parlamentaria en el año 2012 y está siendo objeto de numerosas modificaciones. Vid a este respecto más ampliamente WOLFHARD KOHTE, H., "Las proyectadas modificaciones de la normativa concursal alemana sobre consumidores". RcP, La Ley nº 19/2013. Pág. 415 y ss.

³⁹⁷ Un análisis detallado de la propuesta de reforma puede verse en SCHMIDT, K: "El Derecho alemán. Una comedia de equivocaciones", Op. Cit. Pág. 424 y ss.

plazo de buena conducta de seis años. La norma introduce así un sistema de incentivos del que pueden sacar provecho tanto el deudor como los acreedores. Al mismo tiempo se rediseña el procedimiento de exoneración de deuda. Con ello se subsanan los defectos del procedimiento actual y se alcanza la reducción de la duración de dicho procedimiento.

La reforma introduce nuevas excepciones a la liberación de deudas, quedando excluidas de la liberación las reclamaciones por alimentos ya devengados, que el deudor obligado no haya liquidado y las deudas fiscales cuando el deudor haya sido condenado por sentencia firme en virtud de los arts. 370, 373 o 374 de la AO. También han sido modificadas las causas de denegación de la liberación de deudas (art. 290 InsO). A partir del 1 de julio de 2014, es posible la presentación por un acreedor en cualquier momento del procedimiento de insolvencia de una solicitud escrita de denegación de la liberación de deudas, conforme a cualquiera de las causas del art. 290, a las que se añade una nueva causa en el apartado 7º del art. 290 cuando el deudor incumpla la obligación de agotar las posibilidades de obtener ingresos conforme al art. 287 b de la InsO. Asimismo, procede denegar también la liberación incluso tras la expiración del plazo fijado, cuando concorra con posterioridad una causa de denegación según el punto 1 del art. 290 InsO.

Por el contrario, conforme a la nueva regulación puede volverse a solicitar la liberación de deudas transcurridos cinco años desde la firmeza de la denegación de la liberación anterior, reduciéndose el plazo actual en virtud del cual sólo se podía solicitarse nuevamente transcurridos diez años.

5.- LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO EN EL DERECHO PORTUGUÉS

5.1.- Solicitud de exoneración: Trámites, presupuestos objetivos y subjetivos

En el Derecho portugués se regula la exoneración del pasivo insatisfecho en el Capítulo I del Título XII del Código de la Insolvencia y de la Recuperación de Empresas, aprobado por el Decreto-Ley núm. 53/2004, de 18 de marzo, artículos 235 y ss.³⁹⁸

Dispone el art. 235 que: *"Si el deudor es una persona física, podrá concedérsele la exoneración de los créditos que no hubieran sido satisfechos en su totalidad en el proceso de insolvencia o dentro de los cinco años siguientes a la clausura de éste de acuerdo con las disposiciones de este capítulo".*

Se reconoce, de este modo, el principio general de exoneración del pasivo insatisfecho de la persona física a través de la introducción de esta institución en el derecho portugués en línea con lo acaecido en otras legislaciones, persiguiéndose con ello la recuperación social y económica del

³⁹⁸ La institución ha sido estudiada, entre otros, por DE CARVALHO FERNÁNDES, A. "La exoneración del pasivo restante en la insolvencia de las personas naturales en el Derecho portugués" RcP. La Ley nº 3/2005. Pág. 379 y ss.; CARVALHO FERNÁNDES, L.A. "A exoneração do passivo restante na insolvência das pessoas singulares", Colectânea de Estudos Sobre a Insolvência, Quid Juris, Lisboa, 2009, pp. 275-310; CRISTAS, A. "Exoneração do devedor pelo passivo restante", Themis, Almedina, Coimbra, 2005; FERREIRA COLAÇO DA CONCEIÇÃO, A.F., "La insolvencia de los consumidores en el derecho positivo español y portugués. Retrato de una reforma inacabada". Tesis doctoral, Salamanca 2011. Disponible en http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/115562/1/DPP_FerreiraCola%C3%A7odaConcei%C3%A7aoAF_LaInsolenciadelosConsumidores.pdf; MARTINS, L.M.: "Recuperação de pessoas singulares". Coimbra, 2011. MENEZES LEITÃO, L. M. T.: "Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado", 2.ª ed. Coimbra, 2005; MENEZES LEITÃO, L.M. "Direito da Insolvência", Almedina, Coimbra, 2007; RAPOSO SUBTIL, A., ESTEVES, M., ESTEVES M. J., MARTINS, L. M.: "Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado", Oporto, 2004; SERRA, C. O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução (4.ª Edição), Almedina, Coimbra, 2010;

insolvente evitando así su marginación³⁹⁹. La idea del fresh start aparece expresamente recogida en la Exposición de Motivos del Código de la Insolvencia en el que se indica que: *"El código combina de forma innovadora el principio fundamental del pago a los acreedores con la atribución a los deudores singulares insolventes de la posibilidad de liberarse de alguna de sus deudas y así permitir su rehabilitación económica. El principio del "fresh start" para las personas físicas de buena fe en situación de insolvencia, tan extendida en los Estados Unidos y recientemente incorporado a la legislación alemana de insolvencia, ahora también se ha acogido entre nosotros, a través del régimen de la exoneración del pasivo restante. El principio general en esta materia es que se conceda la exoneración del deudor persona física respecto de las deudas no satisfechas en su totalidad en el proceso de insolvencia o dentro de los cinco años siguientes de la clausura de éste"*.

En el Derecho portugués, la solicitud de exoneración implica un procedimiento autónomo, que la ley a veces denomina como procedimiento de exoneración (art. 243), el cual culmina en la exoneración efectiva del pasivo restante.

El procedimiento de exoneración consta de cuatro fases principales: la solicitud de exoneración, la resolución preliminar o resolución inicial, la conclusión anticipada del procedimiento, que no tiene que darse necesariamente, y la resolución final de exoneración. Caracteriza al procedimiento la cesión de la renta disponible, así como el nombramiento de un fiduciario a quien la renta es confiada, produciéndose en ese marco como efecto la exoneración y regulándose su eventual revocación⁴⁰⁰.

El procedimiento de exoneración del pasivo insatisfecho se inicia con la correspondiente solicitud realizada por el deudor y dirigida al juez del proceso de insolvencia. La solicitud siempre se formula mediante requerimiento, pero

³⁹⁹ Como dice MARTINS, L.M. en "Recuperação de pessoas singulares". Op. cit. Pág. 18, con la reforma concursal operada en septiembre de 2004 el legislador optó por conceder al deudor la oportunidad de atenuar sus responsabilidades asumidas frente a sus acreedores en pro de una recuperación moral y material de la persona humana, concretada a través de un proceso judicial que tiene por finalidad acreditar el potencial de éste para volver levantarse.

⁴⁰⁰ La regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho en el Derecho Portugués está claramente influenciada, como se verá, por la regulación alemana introducida en la InsO cinco años antes.

los términos concretos de su presentación están relacionados con el modo de inicio del proceso de insolvencia.

En este sentido, si el proceso de insolvencia se inicia a petición del deudor, establece el art. 236.1 del CIRE que la solicitud de exoneración deberá ser formulada en la respectiva petición. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que en caso de que exista un deber de solicitar la insolvencia, conforme a lo establecido en el art. 18 del CIRE, sólo podrá considerarse hecha en plazo cuando la solicitud de declaración de insolvencia se presente en el plazo fijado en el nº 1 del art. 18.

Cuando la iniciativa en la iniciación del proceso de insolvencia no hubiera correspondido al deudor, sino a un tercero, la solicitud de exoneración debe ser presentada en los diez días posteriores a su citación al proceso, pero nunca después de la realización de la junta de evaluación del informe del administrador de la insolvencia, regulada en el art. 156. A tal fin en la citación se le hará saber al deudor que tiene la posibilidad de solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho, en los términos previstos en el art. 236.1, tal y como dispone el art. 236.2 CIRE.

El beneficio se reconoce a las personas físicas, tanto a los consumidores como a los empresarios individuales⁴⁰¹, incluidos en este ámbito los administradores, gerentes y socios de sociedades⁴⁰².

En la solicitud el deudor deberá indicar expresamente que cumple con los requisitos exigidos legalmente para la exoneración tal y como establece el art. 236.3, que se establecen, fundamentalmente, en el art. 238, pero debe tenerse en cuenta también lo establecido en el art. 237.

⁴⁰¹ El título XII, donde se establecen las disposiciones específicas de la insolvencia de personas naturales, contiene dos capítulos, que regulan, sucesivamente, la exoneración del pasivo restante y la insolvencia de no empresarios y titulares de pequeñas empresas. Este último capítulo, por su parte, además de disposiciones generales, regula el plan de pagos a los acreedores y la insolvencia de ambos cónyuges. De aquí se infiere que el primer capítulo se aplica a todas las personas naturales, teniendo un ámbito más amplio, y el segundo sólo a las que cumplan los requisitos del art. 149, así lo entiende DE CARVALHO FERNÁNDES, A. "La exoneración del pasivo restante en la insolvencia de las personas naturales en el Derecho portugués" Op. Cit. Infra nota 45.

⁴⁰² MARTINS, L.M. en "Recuperação de pessoas singulares". Op. cit. Pág. 23. Vid. Resolución de Tribunal da Relação do Porto de 29 de junio de 2010.

Dispone el art. 238 que: “La solicitud de exoneración se rechazara si:

“a) *Es presentada fuera de plazo;*

b) El deudor con dolo o culpa grave, ha proporcionado por escrito, dentro de los tres años anteriores a la fecha de inicio del procedimiento de insolvencia, información falsa o incompleta sobre sus circunstancias económicas orientadas a la obtención de crédito o subvenciones de las instituciones públicas o para evitar los pagos a dichas instituciones;

c) El deudor ya se ha beneficiado de la exoneración del pasivo restante dentro de los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha de comienzo del procedimiento de insolvencia;

d) El deudor ha incumplido la obligación de solicitar la declaración de insolvencia o no estando obligado a presentarla se ha abstenido de dicha presentación dentro de los seis meses siguientes a la verificación de su insolvencia, con perjuicio en cualquiera de los casos a sus acreedores, sabiendo, o no pudiendo ignorar, sin culpa grave, que no hay ninguna perspectiva seria de mejora de su situación económica.

e) Constancia en el proceso, o información suministrada a la fecha de la decisión, por los acreedores o por el administrador de la insolvencia, acerca de elementos que sugieren, con toda probabilidad, la existencia de culpa del deudor en la generación o agravamiento de la situación de insolvencia con arreglo al artículo 186;

f) Haber sido condenado el deudor por sentencia firme por alguno de los delitos castigados por los artículos 227 a 229 del Código Penal en los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de una solicitud de declaración de insolvencia o después de esta fecha;

g) El deudor con dolo o culpa grave, ha violado los deberes de información, presentación y colaboración exigidos por este código, en el curso del procedimiento de insolvencia”.

Además, conforme a lo establecido en el art. 237.c), es requisito para la admisión a trámite de la solicitud de exoneración de pasivo que no haya sido aprobado u homologado un plan de pagos.

Al margen de la solicitud presentada fuera de plazo prevista en el art. 238 a), las causas de inadmisión previstas en los restantes apartados pueden clasificarse en tres grupos. De un lado, comportamientos del deudor que, siendo relativos a su situación de insolvencia, de algún modo hubieran contribuido a ella o a su agravamiento, siendo encuadrables en este ámbito los supuestos b), d) y e). De otro, situaciones relativas al deudor que, a juicio del legislador, justifican la no atribución del beneficio de la exoneración del pasivo restante y que se regulan en los apartados c) y f). Por último, el art. 238 g) relativo a conductas realizadas por el deudor que suponen o conllevan la violación de deberes que le son impuestos en el curso del proceso de insolvencia.

Los comportamientos del deudor que, normalmente, contribuyen a la creación de la situación de insolvencia o a su agravamiento se regulan en el art. 238 b), en supuestos en que concurra en el deudor dolo o culpa grave. En este precepto se sanciona el comportamiento del deudor consistente en proporcionar, por escrito, informaciones falsas o incompletas sobre su situación económica, en los tres años anteriores a la fecha del inicio del proceso de insolvencia con vistas a alcanzar alguno de los fines enumerados en el precepto, esto es, obtener crédito o ayudas de instituciones públicas o evitar pagos a tales instituciones.

Por su lado, en el art. 238 d) se regula el rechazo de la concesión de la exoneración cuando se verifique una de dos posibles situaciones relativas a la ausencia de solicitud por el deudor de la declaración de insolvencia, según esté obligado o no a hacerlo en los términos del art. 18. De un lado, para las personas naturales esta exclusión sólo concurre cuando a la fecha de la declaración de insolvencia sean titulares de una empresa, siendo relevante en este ámbito el simple hecho del incumplimiento de ese deber; en el segundo supuesto, como no existe el deber de solicitar la declaración de insolvencia, el régimen previsto en este apartado sólo se aplica si el deudor no hubiera

solicitado dicha declaración en el plazo de seis meses siguientes a la verificación de la situación de insolvencia. Se exige además que exista perjuicio para los acreedores y que el deudor haya sabido o no hubiere podido ignorar, sin culpa grave, que no existe ninguna perspectiva seria de mejoría de su situación económica.

Finalmente, el apartado e) del art. 238 se refiere a situaciones que, según el art. 186 CIRE, crean o agravan su situación de insolvencia, justificando la calificación, de ésta como culpable. Por razones ligadas a la averiguación de los datos fácticos relacionados con estos comportamientos del deudor, el referido apartado e) hace depender su aplicación de que en el proceso de insolvencia constaran ya, en el momento en el que debe ser dictada la resolución preliminar, los elementos probatorios necesarios, independientemente del medio por el que se hubieran obtenido: por iniciativa de los acreedores o del administrador de la insolvencia. Estos elementos deben indicar con toda probabilidad, la verificación de culpa grave del deudor⁴⁰³.

Constituye también requisito para la concesión de la exoneración del pasivo restante que el deudor sea merecedor de este beneficio lo que no concurre en las circunstancias implícitas en ciertos apartados del nº 1 del art. 238 y en particular en el apartado f) en el que se contempla la condena del deudor por los crímenes previstos y castigados en los arts. 227 a 229 del Código Penal, que se refieren a las insolvencias fraudulentas e imprudentes. Para ser relevante, esa condena debe haberse producido en los diez años anteriores a la fecha de la presentación de la solicitud de declaración de insolvencia o posteriormente a esa fecha, siempre que éste se verifique conforme se exige en el art. 238 antes de dictarse la resolución inicial sobre admisión a trámite en el procedimiento de concesión de la exoneración. En cualquier caso, conviene señalar que la condena posterior puede también ser relevante en fases posteriores del procedimiento de exoneración, siendo tomada en cuenta hasta la fecha en que sea dictada la resolución de exoneración

⁴⁰³ DE CARVALHO FERNÁNDES, A. "La exoneración del pasivo restante en la insolvencia de las personas naturales en el Derecho portugués" Op. Cit. Pág. 381.

definitiva e igualmente con el efecto de revocación de la exoneración (arts. 243.1, ap. b), 244.2, y 246.1)⁴⁰⁴.

Paralelo al requisito previsto en el art. 238.1 apartado f), aunque, encuadrado en otro ámbito, es el que deriva del apartado c) del mencionado precepto relativo a que el deudor no se hubiera beneficiado en otro proceso de insolvencia, de la exoneración del pasivo restante, en los diez años anteriores a la fecha del inicio del proceso de insolvencia. El legislador pretende rechazar el beneficio de la exoneración en relación a deudores que, en un plazo relativamente corto, caen repetidamente en situación de insolvencia, evitando así la figura del deudor profesional.

Por último se contempla el comportamiento del deudor previsto en el art. 238.1 ap. g) en conexión con el art. 83 en el que el legislador, en interés de los acreedores, impone al insolvente deberes de información, presentación y colaboración que adquieren una relevancia significativa en el devenir del proceso de insolvencia, tal y como se deduce del correspondiente régimen legal. Así, del núm. 3 de ese precepto resulta que la negativa a prestar informaciones o a colaborar es valorada libremente por el juez a los efectos de calificar la insolvencia como culpable; por otro lado, si el incumplimiento fuera reiterado, se verificaría una presunción iuris et de iure de insolvencia culpable, según dispone el ap. i) del nº 2 del art. 186. En coherencia con este régimen, del art. 238.1 apartado g) resulta que no se puede beneficiar de la exoneración del pasivo restante el deudor que, con dolo o culpa grave, no cumpla los mencionados deberes, en el transcurso del proceso de insolvencia⁴⁰⁵. Lo que no es sino manifestación de la buena fe del deudor que debe estar presente durante todo el procedimiento⁴⁰⁶.

Conforme a lo establecido en el apartado c) del art. 237, también constituye requisito para la concesión de la exoneración del pasivo restante la no aprobación y homologación de un plan de insolvencia, regulado en los arts. 192 y ss. La razón de ser de este requisito reside en el hecho de que, al existir tal plan, no se justifica la exoneración, por tratarse de dos medios que, como se

⁴⁰⁴ *Ibíd.*

⁴⁰⁵ *Ibíd.* Pág. 382.

⁴⁰⁶ MARTINS, L.M. en "Recuperação de pessoas singulares". Op. cit. Pág.51.

ha apuntado por la doctrina, producen efectos análogos. Efectivamente, a semejanza de los efectos de la exoneración previstos en el nº 1 del art. 245, el nº 1 del art. 217 determina que, siendo homologado el plan de insolvencia, se producen *“las modificaciones de los créditos de la insolvencia introducidas por el plan, independientemente de que tales créditos hubieran sido, o no, reclamados o verificados”*. Lo determinante en orden a la inadmisión de la solicitud es que el plan no sea aprobado u homologado, lo que no impide que el deudor presente un plan de insolvencia y junto a ésta una solicitud de exoneración, pero en este caso deberá haber declarado querer valerse de la exoneración en el caso de que el plan no fuera aprobado, pues así lo impone el art. 245 CIRE⁴⁰⁷.

Tal y como establece el art. 238.2 CIRE, la resolución inadmitiendo a trámite la petición de exoneración del pasivo se dictará en la junta de evaluación del informe después de la audiencia de los acreedores y del administrador de la insolvencia, excepto cuando la solicitud se presente fuera de plazo o en los autos ya consten mediante documento auténtico algunos de los hechos que justificarían la inadmisión.

5.2.- Resolución inicial: Efectos, la cesión de rentas

Según el art. 239.1, cuando no haya motivo para inadmitir a trámite la solicitud, el juez deberá dictar una resolución, denominada en el apartado b) del art. 237 como inicial, con el contenido que establece el núm. 2 del art. 239. La resolución inicial, según el núm. 2 de este artículo, es emitida en la junta de evaluación del informe o en los 10 días siguientes.

Esta resolución tiene dos finalidades. Por un lado admite a trámite la solicitud y, por otro, fija las condiciones que el deudor debe observar para la concesión efectiva de la exoneración. De este modo, la resolución inicial, con la admisión a trámite de la solicitud, determina que el procedimiento prosiga

⁴⁰⁷ Así lo entiende DE CARVALHO FERNÁNDES, A. “La exoneración del pasivo restante en la insolvencia de las personas naturales en el Derecho portugués” Op. Cit. Pág. 382.

con el efecto de la concesión efectiva de la exoneración, pero ésta sólo se verifica si el juez dicta la resolución prevista en el art. 244, denominada, en el apartado d) del art. 237, como resolución de exoneración⁴⁰⁸.

En cuanto a su contenido, del nº 2 del art. 239 resulta que, en la resolución inicial, el juez debe:

- establecer la cesión de la renta disponible del deudor a un fiduciario;
- fijar el período de cesión, que será el de cinco años;
- nombrar un fiduciario;

La renta disponible, que por efecto de la resolución inicial, se considera cedida al fiduciario, de acuerdo con lo establecido en el art. 239.3, estará constituida, según ese mismo precepto, por todas las rentas a las que durante el período de cesión el deudor tenga derecho, cualquiera que sea su título. Existen, sin embargo, dos excepciones que constan en los apartados a) y b) del número 3 del citado artículo, excluyéndose de la renta disponible ciertos créditos, que esta norma delimita por remisión al art. 115. Se trata de créditos futuros, individualizados en este precepto, que el deudor persona natural haya cedido o dado en prenda antes de la declaración de insolvencia. La exclusión de tales créditos de la renta disponible sólo se verifica, sin embargo, durante el período de tiempo en que su cesión se mantenga eficaz en los términos de los números 1 y 2 del art. 115. Estos preceptos, por efecto de la declaración de insolvencia, limitan la eficacia de esas cesiones a las rentas obtenidas en períodos relativamente cortos después de esa declaración⁴⁰⁹.

En cuanto al apartado b), al delimitar las rentas excluidas de la cesión, conviene hacer algunas distinciones, de un lado la razón de la exclusión de ciertas rentas radica en la función del patrimonio destinado a ser base o soporte de vida de su titular y en su prevalencia sobre la función de garantía general de los acreedores⁴¹⁰. Así, conforme se dispone en el art. 239.b.i) no integran la renta disponible las cantidades que sean necesarias para el

⁴⁰⁸ *Ibídem.* Pág. 384.

⁴⁰⁹ *Ibídem.* Pág. 388.

⁴¹⁰ *Ibídem.*

sustento del deudor y de su familia, en términos mínimamente dignos. En orden a asegurar un criterio objetivo en cuanto al importe de esta exclusión, la norma en cuestión establece un valor máximo, referido a tres veces el salario mínimo nacional, pudiendo ser superado este límite sólo mediante decisión del juez debidamente fundamentada.

El mismo tipo de consideraciones explica, por otro lado, la exclusión contenida en el art. 239.b subapartado ii), en cuanto se refiere a las rentas razonablemente necesarias para el deudor en orden al ejercicio de su actividad profesional.

En un plano menos relacionado con la función asistencial del patrimonio, aunque no totalmente extraña a ella, en el art. 239.b subapartado iii) se faculta al juez para no incluir en la cesión de la renta disponible valores razonablemente necesarios para atender otros gastos del deudor. Esta exclusión depende, sin embargo, de que el deudor la haya solicitado y de que el juez la autorice, pudiendo contenerse la decisión del juez en este sentido en la resolución inicial o en una resolución posterior.

En relación a las rentas percibidas por el deudor y a su obtención el art. 239.4 establece las siguientes obligaciones durante el periodo de cesión, que según el apartado 2 del art. 239 es de cinco años. Así, viene obligado: *“a) no ocultar o disimular cualquier ingreso que reciba por cualquier título e informar al tribunal o al fiduciario sobre sus ingresos y patrimonio en la forma y plazo legalmente exigido;*

b) ejercer una profesión remunerada, no abandonarla sin motivo justificado y buscar diligentemente trabajo cuando esté desempleado, no rehusando injustificadamente trabajos para los que sea apto;

c) entregar al fideicomisario, cuando los reciba, la parte de sus ingresos objeto de cesión;

d) informar al tribunal y al fiduciario de cualquier cambio de domicilio o de las condiciones de su empleo dentro de los diez días siguientes de su acaecimiento, así como, cuando le sea solicitado y dentro del mismo plazo, sobre las gestiones para obtener un empleo;

e) no efectuar los pagos a los acreedores de insolvencia a menos que sea a través del fiduciario y no proporcionar ninguna ventaja particular para algunos de los acreedores”.

El periodo de cinco años previo a la resolución definitiva de exoneración, se configura como un periodo de prueba, debiendo el deudor durante ese periodo actuar de buena fe y asumir una conducta ejemplar. A tal fin se imponen las obligaciones descritas que tienen por objeto evitar la distracción de rentas o bienes del patrimonio de su patrimonio, mantener o intentar obtener ingresos remunerados, asegurar la entrega de la renta disponible al fiduciario, colaborar con éste y con el órgano judicial facilitando toda la información pertinente y, a fin de garantizar el efecto establecido en el art. 242, relativo al tratamiento igualitario de los acreedores durante el periodo de cesión, se le prohíbe efectuar pagos singulares a acreedores o proporcionarles ventajas particulares⁴¹¹.

Además, según ha apuntado algún autor, el plazo tiene otra función conectada al interés de los acreedores, en tanto en cuanto constituye un parámetro que el legislador considera adecuado para que sea viable una razonable satisfacción de los créditos. En cuanto a la razón de ser de este régimen, puede invocarse lo dispuesto en el nº 4 del art. 243, según el cual el procedimiento de exoneración concluye anticipadamente después de que sean íntegramente pagados los créditos⁴¹².

La cesión de la renta disponible, mientras subsiste, produce una serie de efectos, que se establecen en el art 242, no agotándose, sin embargo, estos efectos en el citado precepto, ya que hay que tener en cuenta también lo establecido en la primera parte del nº 2 del art. 241, regulador de la configuración jurídica de la cesión, al establecer que el fiduciario debe mantener separado de su patrimonio personal todas las cuantías provenientes de las rentas objeto de la cesión.

⁴¹¹ MARTINS, L.M. en “Recuperação de pessoas singulares”. Op. cit. Pág.67.

⁴¹²En este sentido DE CARVALHO FERNÁNDES, A. “La exoneración del pasivo restante en la insolvencia de las personas naturales en el Derecho portugués” Op. Cit. Pág. 386.

Teniendo en cuenta que esas rentas están afectas a un fin específico constituido por la satisfacción del interés de los acreedores se pueden extraer dos conclusiones en cuanto a la caracterización dogmática de la figura. Así, el conjunto de las rentas recibidas por el fiduciario, aunque estén en manos del fiduciario, se mantiene separado de su patrimonio general y responde exclusivamente de ciertas deudas constituyendo un patrimonio autónomo⁴¹³.

Como efecto típico de la cesión, el nº 1 del art. 242 no admite, mientras ésta subsista, que sobre los bienes del deudor se lleven a cabo ejecuciones destinadas a la satisfacción de créditos sobre la insolvencia.

Además, durante la subsistencia del período de cesión será nula la concesión de ventajas especiales a los acreedores concursales, independientemente de que el acto del que deriven sea ejecutado por el deudor o por terceros. Así lo establece el nº 2 del art. 242 tratando, como es evidente, de asegurar el principio de igualdad de trato de los acreedores, destacado en el epígrafe del artículo. Existe una excepción, en el nº 3 del propio art. 242, que admite la compensación entre las deudas de la insolvencia y las obligaciones de un acreedor frente a la masa insolvente.

La compensación, en el período de cesión, sigue, por remisión de ese precepto el régimen del art. 99, éstos es, el establecido para la compensación durante el proceso de insolvencia. Siendo así, como mantiene algún autor⁴¹⁴, la solución prevista por el legislador portugués en el nº 3 del art. 242 tiene sentido, ya que no se ve razón para consagrar durante el desarrollo del procedimiento de exoneración un régimen diferente del establecido para el proceso de insolvencia. Ahora bien, aunque la admisibilidad de la compensación sea limitada, tal y como sucede en el proceso de insolvencia, el principio de la igualdad no deja de resultar afectado. En realidad, su admisión constituye un beneficio para el acreedor que la invoca, ya que puede, de este modo, ver plenamente realizado su crédito, mientras otros sufren las contingencias inherentes al valor de las rentas del deudor.

⁴¹³ *Ibídem.* Pág. 390.

⁴¹⁴ *Ibídem.* Pág. 391.

La resolución de admisión a trámite de la solicitud también tiene que contener el nombramiento del fiduciario, esto es de la persona a quien se le cede la renta disponible del deudor, correspondiéndole ejercer las funciones que resultan de los artículos 241 y ss. del CIRE.

El Juez nombra al fiduciario de entre las personas inscritas en las listas oficiales de administradores de la insolvencia, previstas en el nº 5 de la Ley núm. 32/2004, de 22 de julio. Según dispone el art. 56 CIRE, al cual también se remite el nº 2 del art. 240, el juez, concurriendo justa causa, puede destituir al fiduciario en cualquier momento y nombrar otro para sustituirle, debiendo, no obstante, oír previamente a la comisión de acreedores, al deudor y al propio fiduciario.

El estatuto del fiduciario, salvo, las disposiciones específicas reguladas sobre su remuneración y reembolso de gastos en el nº 1 del art. 240 y, sobre sus funciones, en el 241, se rige por el del administrador de la insolvencia, pues el nº 2 del art. 240 se remite a los arts. 56 a 59, 60.1, 61 y 62 a 64 que lo regulan.

El cargo del fiduciario es remunerado según resulta del nº 1 del art. 240 en conexión con el art. 60.1, teniendo además derecho a ser reembolsado de los gastos que razonablemente haya considerado útiles o indispensables para el ejercicio de su cargo. El importe de la remuneración se fija en los términos previstos en el Estatuto de administrador de la insolvencia. Rige en esta materia el art. 25 de la citada Ley núm. 32/2004, que establece una remuneración del 10% de las rentas objeto de cesión, pero con el límite máximo anual de 5.000,00 €. Por otro lado, como expresamente se dispone en el nº 1 del art. 240, la remuneración del fiduciario y el reembolso de sus gastos constituyen obligación del deudor con cargo a las rentas cedidas.

En cuanto a las funciones del fiduciario se describen en el art. 241, siendo competente para notificar la cesión de las rentas del deudor a aquellos que tienen derecho a recibirlas, y afecta las cantidades recibidas, al final de cada año que dure la cesión a esa asignación. Los pagos son hechos por el orden de los apartados de este precepto. En este sentido, en primer lugar, como se establece en el art. 172 del CIRE, son pagadas las deudas

correspondientes a las calificadas como deudas de la masa insolvente, apartados a) a c) del art. 241 y después las deudas concursales, apartado d) del nº 1 del art. 241.

Pero además de la función relativa a los pagos, la junta de acreedores puede encargar al fiduciario la tarea de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas al deudor en el art. 239 y, en caso de que éstas fueran contravenidas, informar a la junta de aquello de lo que tuviera conocimiento.

De la remisión que el nº 2 del art. 240 hace al art. 58, en su aplicación al fiduciario, resulta que su actividad es fiscalizada por el juez, al cual deben ser suministradas las informaciones que éste solicite sobre la cesión de las rentas, pudiendo, además, exigir al fiduciario la presentación de un informe de su actividad, en particular de los pagos efectuados. Pero además de este deber de información, la remisión al nº 1 del art. 61 impone al fiduciario la presentación de un informe sucinto sobre el estado de los pagos efectuados. De acuerdo con lo dispuesto en aquel precepto en conexión con la parte final del nº 2 del art. 240, este informe debe ser presentado en períodos anuales, a contar desde su nombramiento, y habrá de ser enviado a todos los acreedores.

En cuanto a su responsabilidad, poniendo en relación el art. 59 con el nº 2 del art. 241 resulta que el fiduciario responde ante los acreedores de la masa insolvente y de la insolvencia y ante el deudor por el incumplimiento culpable de sus deberes. En particular, tendrá que indemnizar por los daños resultantes de la no afectación de las cuantías recibidas en los términos legalmente establecidos y también por su no afectación pura y simple, respondiendo de esos daños todos los bienes del fiduciario. La responsabilidad del fiduciario prescribirá en los términos del nº 4 del art. 61⁴¹⁵.

Asimismo, la ley, mediante la remisión operada por el nº 2 del art. 240 a los arts. 62 a 64, le impone la obligación de rendición de cuentas, no sólo cuando cese en sus funciones, sino siempre que el juez así lo exija,

⁴¹⁵ MARTINS, L.M. en “Recuperação de pessoas singulares”. Op. cit. Pág.79.; DE CARVALHO FERNÁNDES, A. “La exoneración del pasivo restante en la insolvencia de las personas naturales en el Derecho portugués” Op. Cit. Pág. 390,

adecuándose, de este modo, el régimen de la rendición de cuentas del fiduciario al establecido para el administrador de la insolvencia⁴¹⁶.

5.3.- Conclusión anticipada del proceso de exoneración

El procedimiento de exoneración concluye, normalmente, una vez cumplido el período de cesión, como se deriva del art. 244 del CIRE. Esta regla sufre, sin embargo, excepciones que se traducen en su conclusión anticipada en dos supuestos previstos y regulados en el art. 243; así de un lado, conforme a lo establecido en los números. 1 a 3, cuando se dan ciertas circunstancias, referidas a la persona del deudor, que justifican la exclusión de la exoneración del pasivo restante. Se trata de actuaciones del deudor dolosas o realizadas con culpa grave que comporten el incumplimiento de las obligaciones del art. 239 perjudicando este hecho la satisfacción de los acreedores; o la comprobación de la concurrencia de alguna de las prohibiciones del art. 238 que no se conoció en el momento del auto de apertura o que nazca con posterioridad, derivando asimismo de la calificación culpable del procedimiento de insolvencia la conclusión anticipada del procedimiento. La segunda acontece si, antes de cumplido el período de cesión, todos los créditos sobre la insolvencia estuvieran satisfechos tal y como establece el nº 4 del art. 243.

La conclusión anticipada del procedimiento de exoneración, por verificarse alguno de los comportamientos del deudor previstos en el nº 1 del art. 243, implica la exclusión de la exoneración por el juez, lo que deberá ser solicitado mediante requerimiento presentado por quien para ello tenga legitimación, dentro de cierto plazo. Están legitimados a estos efectos, según el nº 1 del art. 243: cualquier acreedor; el administrador de la insolvencia, si estuviera todavía en funciones, así como el fiduciario, cuando la junta de acreedores le hubiera atribuido competencia para fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones del deudor durante el período de cesión art. 241.3.

⁴¹⁶ *Ibídem*. Pág. 390.

La solicitud debe ser formulada en el plazo del año siguiente a la fecha en que el requirente conoció o pudo haber conocido los motivos invocados en el correspondiente requerimiento. La ley exige que el requerimiento esté fundamentado, lo que significa que se deben invocar y probar las causas justificativas de la conclusión anticipada del procedimiento. Hay, sin embargo, supuestos en los que el juez debe siempre excluir la exoneración, conforme deriva del art. 241.3 (in fine) que regula la exclusión cuando, sin invocar motivo razonable: el deudor no suministre, en el plazo que le fue fijado, informaciones que prueben que ha cumplido sus obligaciones; el deudor, habiendo sido, a esos efectos debidamente convocado, falte a la audiencia en que debía prestar esas informaciones.

La Ley no establece las consecuencias derivadas de la conclusión anticipada del procedimiento de exoneración, cuando se deba a alguno de los motivos enumerados en el nº 1 del art. 243, lo que constituye una omisión del legislador. Por algún autor⁴¹⁷ se ha apuntado, para cubrir esta laguna, que la situación contemplada en los números 1 a 3 del art. 243 presenta una mayor proximidad con la revocación de la exoneración (art. 246) que con la inadmisión a trámite de la solicitud de exoneración (art. 238). Así, en la inadmisión a trámite de la solicitud, el procedimiento de exoneración muere en el acto de nacer, por lo que de él no resultan efectos sobre el proceso de insolvencia, que seguirá su tramitación ordinaria, de acuerdo con el régimen propio de las personas naturales, si fuera el caso. Por el contrario, en la conclusión anticipada, lo normal es que ya se hayan producido ciertas consecuencias derivadas de la resolución inicial, especialmente pagos hechos a cargo de las rentas del deudor objeto de la respectiva cesión. Es precisamente en este aspecto en el que la conclusión anticipada se aproxima a la revocación de la exoneración que se estudiará más adelante.

⁴¹⁷ *Ibídem.* Pág. 386.

5.4.- La resolución final: Efectos de la exoneración definitiva y su revocación

El procedimiento de exoneración concluye por medio de una resolución final que en el apartado d) del art. 237 se denomina como “resolución de exoneración” y el epígrafe del art. 244 la identifica como “resolución final de exoneración”. La resolución prevista en el art. 244 puede, conceder o denegar la exoneración del pasivo restante, debiendo el juez, en cualquier caso, antes de dictarla oír al deudor, al fiduciario y a los acreedores de la insolvencia. El juez deberá tener en cuenta las opiniones emitidas por estas personas, aunque no está obligado a seguirlas. Según dispone el nº 2 del art. 244, el juez rechazará la exoneración cuando se verifiquen los fundamentos y los requisitos que, según el art. 243, nº 1, pueden determinar la exclusión anticipada, debiendo ser dictada la resolución final en el plazo de los diez días siguientes al término del período de la cesión. Al igual que acaece en relación a la conclusión anticipada no se regulan los efectos de esta resolución, por lo que habrá que acudir, por analogía a lo establecido para la revocación de la exoneración.

La exoneración del pasivo restante sólo resulta efectiva cuando sea dictada la decisión final que la conceda, regulándose los efectos sustantivos de esta exoneración efectiva en el art. 245. La exoneración del pasivo restante, implica la extinción de la parte de los créditos que no hubieran sido pagados por las rentas cedidas, resultando también extinguidos los créditos que no hubieran sido reclamados o verificados, tal y como dispone el nº 1 del art. 245.

Este régimen tiene, además, que ser completado con lo dispuesto en el nº 4 del art. 217 sobre el plan de insolvencia, al cual expresamente remite la parte final del nº 1 del art. 245. De este modo la extinción de la parte de los créditos no satisfechos durante el período de cesión no afecta a la existencia ni al montante de los créditos de que sean titulares los acreedores contra los codeudores o los terceros que los hubieran garantizado. La segunda parte del nº 4 del art. 217 dispone, por su parte, que los codeudores y los garantes de

los créditos sobre la insolvencia sólo podrán actuar contra el deudor, como titulares de derecho de regreso, en los términos en que los acreedores de la insolvencia pudieran ejercer sus derechos contra el deudor⁴¹⁸.

El efecto previsto en el nº 1 del art. 245 tiene, sin embargo, un ámbito de aplicación mucho más reducido de lo que su simple lectura puede sugerir⁴¹⁹, como deriva del nº 2 del referido precepto que excluye el efecto de la extinción de los créditos concursales, que todavía subsistan, en relación a: créditos por alimentos; indemnizaciones debidas por hechos ilícitos dolosos cometidos por el deudor que hayan sido reclamados; créditos por multas, intereses y sanciones pecuniarias impuestas por delitos o infracciones⁴²⁰ y créditos tributarios.

La exoneración efectiva puede ser revocada si concurren ciertas causas establecidas en el nº 1 del art. 246. Así, la revocación puede fundarse en las actuaciones del deudor previstas en los apartados b) y siguientes del nº 1 del art. 238 cuando por causa a él imputable hubiera resultado perjudicada de modo relevante la satisfacción de los acreedores. El nº 1 del art. 246 considera también causa de revocación el hecho de que el deudor hubiera incumplido dolosamente las obligaciones que le hubieran sido impuestas durante el período de cesión establecidas en el art. 239.4, siendo tomados en consideración dichos incumplimientos a los efectos de la revocación sólo si hubieran causado un perjuicio relevante en el pago de los créditos concursales.

La legitimación para solicitar la revocación de la exoneración corresponde, según el art. 246.2 a cualquiera de los acreedores. La interpretación literal del precepto parece excluir la posibilidad de que el juez la acuerde de oficio o de que pueda atribuirse legitimación al administrador de la

⁴¹⁸ MARTINS, L.M. en “Recuperação de pessoas singulares”. Op. cit. Pág. 92.

⁴¹⁹ DE CARVALHO FERNÁNDES, A. “La exoneración del pasivo restante en la insolvencia de las personas naturales en el Derecho portugués” Op. Cit. Pág. 391.

⁴²⁰ En contra de la exclusión de estos créditos se pronuncian DE CARVALHO FERNÁNDES, A. “La exoneración del pasivo restante en la insolvencia de las personas naturales en el Derecho portugués” Op. Cit. Pág. 391 y MARTINS, L.M. en “Recuperação de pessoas singulares”. Op. cit. Pág. 92, para este autor carece de fundamento la exclusión, cuando estos créditos pueden ser objeto de negociación en orden a su reducción por la asamblea de acreedores en orden a aprobar un plan de insolvencia según se infiere del art. 196.1.

insolvencia o al fiduciario, lo que ha sido criticado por algún autor, dada la proximidad de esta figura con la figura de la conclusión anticipada⁴²¹.

El plazo para acordarla se establece en el art. 246.2 que establece que sólo puede ser decretada durante el año posterior al momento en que es firme la resolución de exoneración. Dado que no puede ser acordada de oficio no queda claro cuál es el plazo para solicitarla por los legitimados, por lo que se ha interpretado que el plazo fijado en el nº 2 del art. 246 se refiere al momento de presentación del requerimiento de revocación y no al momento en el que se decreta⁴²².

La decisión de revocación corresponde al juez, quien deberá oír previamente al deudor y al fiduciario, tal y como establece el art. 243.3, conllevando un importante efecto de naturaleza sustantiva, establecido en el art. 243.4, que se refiere a los créditos que, con la concesión de la exoneración, quedaron extinguidos y que ahora renacen, revocándose de esta manera el efecto sustantivo de la exoneración.

Por último indicar que, de acuerdo con lo establecido en el art. 247, las resoluciones iniciales de exoneración, la de exoneración, la de conclusión anticipada y la de revocación de la exoneración son publicadas e inscritas, en los términos previstos para las decisiones de conclusión del procedimiento de insolvencia.

6.- EL MODELO BELGA DE EXONERACIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y COMERCIANTES

El Derecho Belga también contiene disposiciones relativas a la liberación de deudas para los particulares y también para los comerciantes individuales, sobre la base de la recepción, de modo paralelo a lo que acontece en otros países de su entorno, del principio del fresh start, dirigido a ofrecer una salida

⁴²¹ DE CARVALHO FERNÁNDES, A. "La exoneración del pasivo restante en la insolvencia de las personas naturales en el Derecho portugués" Op. Cit. Pág. 392.

⁴²² *Ibíd.*

digna a las personas físicas inmersas en un proceso de insolvencia. A la liberación de deudas se puede acceder en el derecho Belga a través de distintas vías, algunas previstas específicamente para los consumidores; de un lado a través del acuerdo colectivo de deudas (*Règlement collectif de dettes*) y, por otro, a través de la liberación de deudas. No obstante, ambos procedimientos se encuentran estrechamente vinculados. Para el comerciante individual la liberación de deudas (*la remise totale des dettes*) se regula en el procedimiento de quiebra⁴²³.

6.1.- La exoneración de deudas de los consumidores: el acuerdo colectivo de deudas

El legislador belga ha introducido, en el marco de su Código Judicial⁴²⁴, en adelante C. jud., un específico procedimiento de acuerdo colectivo de deudas previsto para personas físicas, que se regula en los artículos 1675/2 a 1675/19. Se trata de un procedimiento que se aplica a todas las personas físicas no comerciantes, no incluidas, por tanto en el art. 1 del Code du Commerce, domiciliadas en Bélgica que no puedan pagar sus deudas vencidas o a punto de vencer, aunque ampara también a aquellas que, a la vista de sus deudas e ingresos, prevén llegar a esta situación, siempre y cuando no hayan preparado manifiestamente su insolvencia, es decir no hayan actuado fraudulentamente.

A través de este procedimiento se tiende a obtener una regulación colectiva de las deudas del deudor consensuada con sus acreedores o, en

⁴²³ Sobre el Derecho Belga de insolvencia puede verse a VEROUGSTRAETE, I., “Manuel de la faillite et du concordat”. Kluwer, 1998; Un estudio del Derecho Belga relativo a la liberación de deudas puede verse en FERNÁNDEZ CARRÓN, C.: “El Tratamiento de la Insolvencia de las Personas físicas”. Cizur Menor, 2008. Pág. 117 y ss. y pág. 133 y ss.

⁴²⁴ Code Judiciaire, publicado el 31 de octubre de 1967, y en vigor desde el 1 de noviembre de 1970 (Dossier núm. 1967-10-10/01) que, a tenor de lo dispuesto en su artículo primero, tiene por objeto regular la organización judicial, la competencia y el procedimiento. El procedimiento se enmarca en la Parte Quinta del Código, en su Título IV, rubricado “Del acuerdo colectivo de deudas”, procedimiento que ha sido introducido por la Ley de 5 de julio de 1998, relativa al acuerdo colectivo de deudas y a la posibilidad de venta amistosa de bienes inmuebles embargados, y modificado posteriormente por las Leyes de 20 de mayo de 2000, de 19 de abril de 2002, de 13 de diciembre de 2005 y, finalmente, por la Ley de 27 de diciembre de 2006.

caso de que no se llegue a un acuerdo entre ellos, a través de la imposición de un plan de regulación judicial.

Por lo que respecta a la tramitación del procedimiento, comienza a instancia del deudor persona física que ha de interponer una demanda ante el juez de su domicilio, solicitando la apertura del procedimiento. A partir del momento en que se interpone la demanda, cuyo contenido se dispone expresamente en el art. 1675/4 C. jud., el juez cuenta con un plazo de ocho días para resolver sobre su admisibilidad.

Si el Juez admite la demanda, el deudor pasa a estar en situación de concurso de acreedores, tal y como establece el art. 1675/7 C. jud., que trae como consecuencia tanto la suspensión de los intereses de los créditos como la indisponibilidad del patrimonio del demandante. A su vez, todas las vías de ejecución que tienden al pago de una cantidad de dinero son suspendidas, aunque no obstante, los embargos ya practicados mantienen su carácter conservatorio. El Juez nombrará un mediador de deudas⁴²⁵ que se encargará, junto al deudor, de negociar y proponer a los acreedores de éste un plan de regulación amistosa por la vía del “*Règlement collectif de dettes*”. Este plan se regula en el art. 1675/10 del C. Jud. y puede contener la remisión total o parcial de las deudas, tanto públicas como privadas.

Si todos los acreedores aceptan el plan, el mediador de deudas lo someterá al juez quien, sobre la base de éste y de la documentación complementaria que ha de presentarle el mediador, el informe de actividades y los documentos del expediente, tomará una decisión sobre el acuerdo levantando, en su caso, acta del acuerdo de las partes. Sin embargo, si no se alcanza un acuerdo amistoso, ya sea porque el mediador constata que no es posible concluirlo, ya sea porque no se ha llegado a un acuerdo en los cuatro meses subsiguientes a su designación, habrá de consignarlo en un procedimiento verbal que se transmitirá al juez para que elabore eventualmente un plan de regulación judicial, regulado en el art. 1675/11 C. Jud. El plan de

⁴²⁵ Los arts. 1675/19 a 1675/19 C. jud., regulan quienes podrán ocupar este cargo, cuáles son sus derechos y obligaciones, honorarios etcétera.

regulación judicial de deudas tiene un carácter subsidiario, respecto al plan de regulación amistosa, supliendo la falta de acuerdo por la intervención judicial.

De este modo, el juez tiene potestad para imponer un plan de regulación judicial a los acreedores y al deudor, con el objeto de restablecer la situación financiera de este último permitiéndole, en la medida en que sea posible, pagar sus deudas y, simultáneamente, garantizándole que tanto él como su familia podrán continuar una vida digna⁴²⁶.

El plan de regulación judicial, que no podrá exceder de cinco años, y ha de respetar en todo caso la igualdad de los acreedores, puede acordar cualquiera de las medidas establecidas en el art. 1675/12 C. jud. y que son las siguientes: De un lado, escalonamiento del pago de las deudas en principal, intereses y gastos; de otro, reducción de los tipos de interés convencionales a tipos de interés legales; y, finalmente, la remisión total o parcial de deudas, intereses moratorios, indemnizaciones y gastos.

Las medidas previstas en el plan, tanto si es de regulación amistoso como judicial, son medidas a cuyo cumplimiento se compele al deudor, encomendándose al mediador de deudas el seguimiento y control de su efectiva ejecución por parte de aquél. Sin embargo, hay que tener presente que si las medidas adoptadas por el juez no permiten alcanzar el objetivo de que el deudor y su familia tengan garantizado un nivel de vida digno, aquél podrá solicitarle al juez que realice una nueva remisión de las deudas. A este respecto de tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 1675/13 bis, que conforma la Sección 4 bis del C. jud, rubricada "*De la condonación total de las deudas*", introducido por el art. 14 de la Ley de 13 de diciembre de 2003, que entró en vigor el 31 de diciembre de ese mismo año.

⁴²⁶ FERNÁNDEZ CARRÓN, C.: "El Tratamiento de la Insolvencia de las Personas físicas". Op. Cit. Pág. 118.

6.2.- La exoneración de deudas de los consumidores

En efecto, si las medidas del plan adoptado por el juez para obtener un acuerdo colectivo de las deudas del deudor no permitieran alcanzar el objetivo fijado en el art. 1675/3 apartado tercero C. jud. es decir, que se garantice al deudor y a su familia el poder llevar una vida digna, éste podrá solicitar al juez otra remisión parcial de las deudas. En caso de que acceda a ello, todos los bienes embargables del deudor serán realizados a instancia del mediador de deudas conforme a las reglas de ejecución forzosa, y posteriormente se repartirá el producto de lo obtenido entre los acreedores, respetando la igualdad entre todos ellos, sin perjuicio de las causas legítimas de prelación. Por tanto, el fracaso del plan judicial lleva aparejada la liquidación, pero tras ésta se produce la liberación de deudas.

En segundo lugar, también es posible que el juez acuerde la liberación total de las deudas aún sin que haya mediado un plan de regulación de las mismas, por no existir posibilidad alguna de acordar un plan de acuerdo amistoso de las deudas, ni tampoco uno judicial como consecuencia de la insuficiencia de recursos del deudor, tal y como establece el art.1675/13 bis. En este caso y en el anterior podrán fijarse medidas de control durante un plazo no superior a cinco años. No obstante, según el art. 1675/13 bis 4, si dentro de esos cinco años llega a mejor fortuna el deudor no se consigue el beneficio de la liberación de deudas.

Por el contrario, se produce la liberación de deudas una vez que ha finalizado el plan de regulación impuesto por el juez, tal y como establece el art. 1675/13 bis, siempre que el deudor haya cumplido con él respetando todos sus extremos, y siempre que no haya vuelto a mejor fortuna antes de su término.

No obstante, están exentas de tal beneficio, y por lo tanto el juez no podrá acordar su exoneración, las deudas por pensiones alimenticias no vencidas a día de la decisión del plan de regulación judicial, las constituidas

por indemnizaciones acordadas para la reparación de un perjuicio corporal causado como consecuencia de una infracción y las deudas nacidas tras el cierre del procedimiento, tal y como se establece en el art. 1675/13 C. Jud. Tampoco podrá concederse el beneficio, según el mismo precepto, a los deudores que hayan sido condenados por bancarrota simple o fraudulenta.

Ahora bien, independientemente de lo anterior, el art. 1675/15 2er C. jud dispone que, durante el plazo de cinco años tras el fin del plan de regulación amistoso o judicial que comporte la remisión de deudas, cualquier acreedor podrá solicitar al juez la revocación de este beneficio, basando su petición en que el deudor ha realizado en aquel plazo algún acto en fraude de sus derechos. De ser así, y suponiendo que el juez revoque el beneficio de la liberación, los acreedores recobrarán el derecho a ejercitar su acción sobre los bienes del deudor para recuperar la parte de sus créditos que no les fue satisfecha.

6.3.- La exoneración de deudas de los comerciantes individuales

La quiebra de los comerciantes individuales se regula en la Ley de Quiebra de 8 de agosto de 1997 concebida como un mecanismo liquidatorio en el que se contienen disposiciones relativas a la liberación de deudas del deudor comerciante persona física. La Ley de 17 de julio de 1997 regula la administración judicial como una fase previa a la quiebra. Durante la administración judicial, el deudor está protegido frente a sus acreedores y nadie puede solicitar que se le declare en quiebra.

Desde la declaración judicial de la quiebra, todo el procedimiento se dirige a liquidar los bienes de la masa, siendo el administrador concursal designado por el tribunal responsable de supervisar la gestión y liquidación de la quiebra, y agilizar todas las medidas necesarias, debiendo informar al tribunal de todos los litigios derivados de la quiebra, salvo los relativos a los créditos que se incluirán en el pasivo y adoptar las medidas urgentes y necesarias para proteger los bienes que integran la masa de la quiebra y

preside las reuniones de acreedores. Los liquidadores administran el patrimonio de la quiebra bajo la supervisión del administrador (artículo 40), y proceden a inventariar los bienes de la quiebra tal y como prevé el art. 43, apartado 1, y representan a los acreedores, salvo a quienes tienen derecho de separación, denominados *separatisten* que son acreedores que disfrutaban de créditos pignoratícios, hipotecarios u otros preferentes.

Todos los años, y por primera vez transcurridos doce meses desde la asunción de sus funciones, los liquidadores presentan al administrador concursal un informe detallado sobre el estado de la quiebra tal y como dispone el art. 34 de la Ley de quiebra. El administrador concursal, según el art. 35, también informa de los litigios surgidos de la quiebra y adopta, en su caso, medidas urgentes para proteger los bienes de la empresa en quiebra.

El administrador concursal convoca al insolvente para oírlo, en presencia de los liquidadores, sobre la mejor forma de liquidar sus bienes, levantándose acta formal de la audiencia. Los liquidadores venden los bienes inmuebles, las mercancías y los bienes muebles, bajo la supervisión del administrador concursal y con arreglo a los artículos 51 y 52, sin necesidad de convocar de nuevo al insolvente (art. 75, apartado 1, de la Ley de quiebra).

Concluida la liquidación, a propuesta del administrador concursal, el tribunal declara la conclusión de la quiebra, debiendo el administrador concursal informar al tribunal, reunido con carácter reservado, de las deliberaciones de los acreedores sobre la cuestión de la protección de que debe disfrutar el insolvente (art. 80 de la Ley de quiebra).

Una vez concluido el procedimiento de quiebra, se contemplan una serie de medidas dirigidas a la protección del deudor insolvente, si es una persona física, carece de antecedentes penales y ha actuado correctamente en el ámbito contable. El resultado de la protección es la condonación definitiva de las deudas, y la liberación de las personas jurídicas que, a título gratuito, hubieren avalado al insolvente. La liberación de las obligaciones del deudor, cuando éste es una persona física, también se extiende al cónyuge que se haya declarado codeudor tal y como establecen los arts. 81 y 82 de la Ley de quiebra.

El deudor insolvente al que se concede protección puede empezar una actividad comercial nueva y se considera que está rehabilitado (art. 110), pudiendo, no obstante, el deudor al que no se concede protección solicitar la rehabilitación si ha pagado las cantidades exigidas (art. 109, apartado 1).

El secretario comunica al insolvente la resolución judicial que pone fin al procedimiento de quiebra, pudiendo el tribunal ordenar la publicación en el Diario Oficial Belga de un extracto de dicha resolución, que será obligatoria si el tribunal ha concedido la liberación de deudas tal y como establece el art. 80 de la Ley de Quiebra.

En definitiva, Bélgica, como decíamos, es otro de los Estados que ha incorporado a su ordenamiento jurídico un procedimiento específico para el tratamiento de la insolvencia de las personas físicas que tiende a alcanzar un plan de reorganización del pasivo del deudor. Su verdadera peculiaridad radica en que, de un lado, el procedimiento extrajudicial está mucho más vinculado que el de otros Estados a la intervención de los tribunales, en el sentido de que la solicitud a través de la que se inicia el procedimiento tiene que presentarse ante el juez, y de otro, en el especial énfasis con que el legislador belga se empeña en garantizar un cierto nivel de vida para el deudor y su familia⁴²⁷.

⁴²⁷ FERNÁNDEZ CARRÓN, C.: "El Tratamiento de la Insolvencia de las Personas físicas". Op. Cit. Pág. 118.

IV LA PROBLEMÁTICA DEL CONCURSO DE LA PERSONA FÍSICA Y EL MODELO ESPAÑOL

1.- EL CONCURSO DE LA PERSONA FÍSICA

1.1 El principio de unidad subjetiva

El art. 1 de la LC establece: *“La declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica”*. Se opta así por una regulación única, cualquiera que sea la condición del deudor, rompiendo con una tradición que distinguía entre el deudor comerciante y el deudor no comerciante. Como se sabe nuestro derecho, regulado en el CCom de 1885 y LSP de 1922, así como en la LECiv de 1881 y CCom de 1829 en sus aspectos adjetivos, contemplaba cuatro procedimientos distintos de naturaleza concursal, en función de la condición de comerciante del deudor. Respecto al deudor no comerciante, se contemplaba la quita y espera, como procedimiento de carácter preventivo, en los artículos 1130 a 1155 de la LECiv de 1881 y el concurso de acreedores, regulado en los artículos 1156 a 1317 del citado texto legal. En el caso del deudor comerciante el procedimiento de carácter preventivo era la suspensión de pagos, regulada en la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, en tanto que para los supuestos de insolvencia definitiva se contemplaba la quiebra, regulada en los artículos 1318 a 1396 de la LECiv de 1881, en los artículos 1001 a 1177 del CCom de 1829 y en los artículos 874 a 922 del CCom de 1885, estableciendo una tramitación orientada fundamentalmente al deudor comerciante persona física, lo que justificaba una serie de disposiciones especiales para el supuesto de insolvencia de compañías mercantiles, contenidas en los artículos 923 a 941 del CCom de 1885. Esta situación fue superada por una realidad que puso de manifiesto dos aspectos fundamentales: De un lado, que el concurso del deudor no comerciante era harto infrecuente; de otro, que la mayor parte de la actividad mercantil se desarrollaba a través de sociedades mercantiles, precisamente

para las que no estaba previsto inicialmente el procedimiento de quiebra. Ello unido a la compleja regulación y a la disparidad legislativa imponía una nueva regulación en la que se opta por una regulación unitaria de la situación de insolvencia, con independencia de cuál sea la condición del sujeto.

La Ley concursal 22/2003 conllevó la unificación de los distintos procesos existentes en materia de insolvencia, de tal suerte que la Ley concursal se aplica tanto a los casos de insolvencia de personas jurídicas como a los de personas físicas sean o no comerciantes, siempre que concurra la insolvencia del deudor, presupuesto objetivo del concurso, contemplado en un doble momento temporal presente y futuro y definida en el artículo 2 LC como la situación del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2.2 LC), contemplándose asimismo la previsibilidad del deudor de que en un futuro no delimitado legalmente no podrá cumplir puntual y regularmente sus obligaciones. Esta situación es predicable tanto de la persona física como de la jurídica, tanto del comerciante, como del no comerciante. La Ley concursal, en un afán loable de alcanzar una unidad procedimental frente a la situación anterior, establece un único procedimiento concursal cualquiera que sea el sujeto sometido al mismo.

La opción de política legislativa encuentra su fundamento en que la finalidad del procedimiento es la misma: lograr un pago ordenado de los créditos; en tanto que la distinta condición del deudor, todo lo más, justificará algunas especialidades en la tramitación. La Ley establece un único procedimiento que denomina concurso y ello porque según la Exposición de Motivos de la Ley constituye una *“expresión clásica que, desde la literatura jurídica española del siglo XVII, pasó al vocabulario procesal europeo y que, por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común. No se persigue con ello solamente rescatar un vocablo tradicional en la terminología jurídica española, sino utilizarlo para significar el fenómeno unificador de los diversos procedimientos de insolvencia e identificar así gráficamente el procedimiento único, como ha ocurrido en otras legislaciones”*⁴²⁸.

⁴²⁸ Exponendo II de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal

Aún cuando es cierto que la mayoría de los concursos se declaran frente a personas jurídicas, ello no obsta para la declaración también de concursos de personas físicas, que en la actual situación de crisis económica generalizada en la que nos encontramos, progresivamente se incrementará⁴²⁹. Así, frente a los noventa y nueve concursos de personas físicas que se tramitaron en el año 2.005, en el año 2.009 se tramitaron mil doscientos sesenta y uno y mil ciento cincuenta en el año 2.010 y mil ciento noventa y siete en el 2011 y mil ciento noventa y dos durante el año 2012⁴³⁰, lo que indica una progresión hasta el año 2009 y un mantenimiento en los años sucesivos.

La insolvencia de la persona física y su sometimiento al proceso concursal lleva aparejadas graves consecuencias que, en el caso de que esté casado, afectan igualmente a cuestiones trascendentales en relación al cónyuge no deudor, al derecho de alimentos del cónyuge o de los hijos sometidos a su potestad o al régimen económico conyugal⁴³¹.

⁴²⁹ El problema, cada vez más grave, del denominado sobreendeudamiento familiar fue objeto del Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los consumidores celebrado en Santander el 24, 25 y 26 de abril de 2.007, así como del I Congreso Internacional sobre endeudamiento e insolvencia familiar que se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid los días 20 y 21 de noviembre de 2.008.

⁴³⁰ Fuente INE puede consultarse en:

<http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t30/p219&file=inebase&L=0>. También pueden consultarse en "Observatorio del Registro de Economistas Forenses (REFOR)", dirigido por PONS ALBENTOSA, L., publicados en RcP. La Ley nº. 17/2012. Pág. 391 y ss.

⁴³¹ Sobre los problemas específicos de los concursos de los consumidores en España puede verse a PULGAR EZQUERRA, J. "Concurso y consumidores en el marco del Estado social de bienestar" Op. Cit.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. "Tarjetas de crédito y tutela del consumidor", en Nuevas formas contractuales y el incremento del endeudamiento familiar. Estudios de Derecho judicial, nº 50. Madrid, 2004. Pág. 437 y ss.; ÁLVAREZ VEGA, M.I., "La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente". Cizur Menor, 2010; CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIÁVILLA, J.L. Coord. "Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar". Cizur Menor, 2009; COLINO MEDIÁVILLA, J.L., "Concurso de consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges. (Comentario al auto de declaración de concurso voluntario de 29 de diciembre de 2004, del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona)" en RcP. La Ley, nº 3. Pág. 209 y ss.; COLINO MEDIÁVILLA, J.L., "Concurso del Consumidor", en Convergencias y Paralelismos en el Derecho de Sociedades y en el Derecho Concursal en el marco Estados Unidos-Unión Europea. III Seminario Harvard-Complutense de Derecho de los negocios. Madrid, 2007. Pág. 375 y ss.; COLINO MEDIÁVILLA, J.L., "Tratamiento de la crisis patrimonial del consumidor: ¿Procedimiento colectivo extrajudicial preconcursal, procedimiento colectivo preventivo o procedimiento concursal especial?", en "Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar". CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIÁVILLA, J.L. Coord. Cizur Menor, 2009; CUENA CASAS, M., coord., "Familia y concurso de acreedores". Cizur Menor, 2010; CUENA CASAS, M., "Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente (A propósito del Auto del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010)" en RDBB. Lex Nova, nº 125. Pág. 289 y ss.; DE LA CUESTA RUTE, J.M., "Persona física y consumidor", en Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar, CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIÁVILLA, J.L., coordinadores. Cizur

1.2.- Diversas tipologías

No obstante, a pesar de que en la Ley Concursal no se distinguen distintos tipos de deudores, dentro del ámbito del concurso de las personas físicas podemos distinguir diferentes situaciones.

A) El concurso del empresario individual

El concurso del empresario individual, entendiendo como tal la persona física que desarrolla una actividad económica dirigida a la producción o mediación de bienes o servicios en el mercado, constituye uno de los supuestos típicos de deudor persona natural que puede ser declarado en concurso, sufriendo precisamente históricamente la tradicional quiebra en relación al comerciante y más concretamente al comerciante o empresario

Menor 2009. Pág. 103; DE LA MORENA SANZ, G. y PARRA BAUTISTA, J.R., “El concurso del consumidor o de la insolvencia de las personas físicas y las familias”. Sabadell, 2010; DOMÍNGUEZ CABRERA, M., “La posición jurídica del consumidor insolvente”. ADCo, Aranzadi, nº 25/2012. Pág. 95 y ss; FERNÁNDEZ CARRIÓN, C.” El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas”. Cizur Menor, 2008; FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., “Concurso de personas físicas: Sobreendeudamiento familiar y situación de los consumidores en el marco de un procedimiento concursal” en “El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los consumidores”. TOMILLO URBINA, J. director, ÁLVAREZ RUBIO, J. coordinador., Cizur Menor, 2008. Pág. 257; FERREIRA COLAÇO DA CONCEIÇÃO, A.F., “La insolvencia de los consumidores en el derecho positivo español y portugués. Retrato de una reforma inacabada”. Op. Cit.; GARCÍA VICENTE, J.R., “¿Un régimen especial para el concurso del consumidor? Notas sobre la liberación de deudas pendientes” en ADCo. Aranzadi, nº 20. Pág. 205 y ss.; GOZALO LÓPEZ, V.: “La protección de los consumidores en el procedimiento concursal” en El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los consumidores. TOMILLO URBINA, J. director, ÁLVAREZ RUBIO, J. coordinador. Cizur Menor, 2008. Pág. 283 y ss.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., “El sobreendeudamiento doméstico: Prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso”. Cizur Menor, 2009; PEÑAS MOYANO, B., “Concurso de Consumidores”, en RcP. La Ley, nº 8. Pág. 229; RUBIO VICENTE, P.J. “A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso”. Op. Cit.; RUBIO VICENTE, P.J., “La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo: a propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas (asunto 671/2007-C 4, concurso sección 1ª)”. RcP, La Ley nº 14/2011. Pág.229 y ss.; TAMAYO HAYA, S., “El sobreendeudamiento de los consumidores”, en “El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los consumidores”. TOMILLO URBINA, J. director, ÁLVAREZ RUBIO, J. coordinador. Cizur Menor 2008. Pág. 346; TOMILLO URBINA, J. director, ÁLVAREZ RUBIO, J. coordinador., “El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los consumidores”. Cizur Menor, 2008; TRUJILLO DÍAZ, I.J., “El sobreendeudamiento de los consumidores”. Granada, 2003.

individual debiendo incluirse dentro del empresario individual el profesional. En efecto, en ambos supuestos se ejerce una actividad económica, empresarial o profesional, justificando el endeudamiento surgido en el ámbito de esa actividad, unido a la situación de insolvencia, la declaración de concurso. Ahora bien, la Ley concursal, como veíamos es una Ley diseñada, fundamentalmente, para las empresas. En este sentido, los empresarios individuales y los profesionales, en tanto que ejercen una actividad económica se benefician de todas las ventajas que, en orden a facilitar la continuidad de la misma, se establecen en la Ley concursal, en particular en sede de paralización de ejecuciones, incluso de bienes gravados con garantía real.

B) El concurso del administrador societario

Constituye un tipo de concurso que se está dando con relativa frecuencia, dado que la actual crisis económica ha llevado consigo el concurso de numerosas sociedades, que puede llevar a su vez aparejado el de sus administradores, y ello por diversas causas. La más frecuente en la práctica es que el administrador haya avalado personalmente deudas de la sociedad, motivando la insolvencia de ésta que ahora se dirijan frente a él, determinando, a su vez, la imposibilidad de hacer frente al pago de éstas su declaración en concurso. Junto a ello nos encontramos los supuestos de responsabilidad, bien individual o social, prevista en los arts. 236 y ss. LSC o la responsabilidad por deudas en caso de no liquidación de la sociedad, prevista en el art. 367 del citado texto legal, que pueden motivar la insolvencia del administrador. Tampoco debe olvidarse la responsabilidad concursal derivada de una eventual calificación culpable del concurso de la sociedad en los términos del art.172 bis LC y que puede obligar al administrador societario afectado por la calificación a cubrir con sus bienes el déficit concursal, responsabilidad que también podrá dar lugar a su concurso.

C) El concurso del consumidor

Vendría a estar constituido por el deudor persona física que sin responder a la condición de empresario individual o profesional, no puede cumplir las obligaciones asumidas en la adquisición de bienes o servicios para atender sus necesidades al margen de una actividad económica⁴³². Esas obligaciones derivarán, normalmente de la adquisición de la vivienda habitual y del pago de suministros o la adquisición de bienes de consumo. La Ley concursal apenas contiene disposiciones específicas relativas al consumidor. Sin embargo, lo que se pensaba que iba a ser un supuesto excepcional, ha venido a convertirse en habitual. Ciertamente a la vista del art. 5.1 LC sobre el consumidor que se encuentra en estado de insolvencia también pesa la obligación de solicitar su concurso. Sin embargo este procedimiento, como ya se ha apuntado y se analizará posteriormente, no ofrece una salida adecuada a su situación. En este sentido, el concurso del consumidor sigue siendo una de las asignaturas pendientes del Derecho concursal, que requiere una respuesta específica que si se ha dado en el ámbito del derecho comparado⁴³³.

D) El concurso de personas casadas

El concurso del matrimonio no existe pero sí el de personas casadas. En efecto, en supuestos en que ambos cónyuges soliciten la declaración de concurso cabe su declaración conjunta, tanto a instancias de los deudores como de los acreedores, o su acumulación, pero no puede hablarse del concurso del matrimonio como tal. A pesar de ello es evidente que el concurso

⁴³² Aunque se han ofrecido diversas acepciones del término consumidor en función del objeto de estudio, esta definición es la que mejor se acomoda al objeto del presente trabajo. Como recuerda ÁLVAREZ VEGA, M.I., “La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente”. Op. Cit. Pág. 49 y ss., ese concepto respeta el concepto de consumidor del TRLGDCU, que también atribuye tal condición a la persona jurídica que reúne tales características, si bien se asemeja más a cierta legislación sectorial como la LCC, que guardaría una relación más estrecha con el concepto de sobreendeudamiento.

⁴³³ Como hemos ido viendo a lo largo del presente trabajo, los derechos norteamericano, francés, alemán o portugués, entre otros, contienen normas específicas para abordar el problema de la insolvencia de los consumidores.

del deudor casado, sea o no comerciante o ejerza una actividad profesional, se declare o no el de su cónyuge, produce importantes efectos en el régimen económico del matrimonio.

E) El concurso de los menores e incapaces

Se ha destacado la ausencia de una referencia en la Ley a los menores e incapaces, aun cuando conviene recordar que el art. 1 LC hace referencia a toda persona física. Evidentemente los menores e incapaces los son, por lo que la cuestión debe reconducirse al ámbito de la capacidad de obrar y la consiguiente intervención de sus representantes legales. No cabe duda que tanto los menores como los incapaces pueden ser sujetos de derechos y obligaciones, pueden ser titulares de un patrimonio y en muchos casos ostentaran la condición de deudores. Existirán problemas relativos a la capacidad de realizar determinados actos, pero en tanto que concurra respecto de los mismos el presupuesto objetivo de la insolvencia, tal y como se define en el art. 2 LC, debe admitirse la posibilidad de ser declarados en concurso⁴³⁴, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda exigirse a sus representantes legales en caso de calificación del concurso culpable, tal y como se prevé en el art. 164.1 LC.

2.- EL PRESUPUESTO OBJETIVO DEL CONCURSO DE LA PERSONA FÍSICA

A la hora de abordar el problema del concurso de las personas físicas conviene precisar dos conceptos que, aunque puedan guardar ciertas similitudes y confluir en determinados supuestos, nos son sinónimos:

⁴³⁴ DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.: “El presupuesto subjetivo del concurso: Sujeto pasivo”, en “El concurso de acreedores, adaptado a la Ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal”. PULGAR EZQUERRA, J., directora. Las Rozas, 2012. Pág. 114.

sobreendeudamiento e insolvencia⁴³⁵. El elevado grado de consumo alcanzado por la sociedad actual motiva que muchos de esos bienes se adquieran no con recursos propios, sino ajenos, acudiendo así al fenómeno de la financiación. El endeudamiento en sí mismo no es malo, facilitando la adquisición de bienes y el crecimiento de la economía. En este sentido, los particulares deben acudir al endeudamiento para adquirir algunos bienes necesarios para atender sus necesidades básicas, como son la vivienda o el vehículo, pero también otros bienes de consumo o de ocio. El incremento del mercado crediticio, generado por las numerosas ofertas de las entidades de crédito, ha propiciado que el particular dependa cada vez más de la financiación ajena que de los recursos propios y en muchos casos no se ha tenido en cuenta la capacidad de asumir con los ingresos regulares ese coste. La suma de los gastos de financiación y de los gastos corrientes que cada persona o familia debe asumir necesariamente: alimentos, suministros, transporte o medicamentos, por citar algunos ejemplos, coloca al deudor en un difícil equilibrio para hacer frente a esa situación pudiéndose afirmar de ese deudor que está sobreendeudado. Cualquier incidencia en la cadena de ingresos, como puede ser la grave crisis económica que padecemos, puede colocar al deudor en situación de no poder hacer frente a sus obligaciones con sus ingresos habituales dando lugar a una situación de insolvencia.

Por tanto, el sobreendeudamiento no es más que una situación de exceso de endeudamiento en relación a los ingresos propios o generados por el deudor⁴³⁶. Parece recomendable, por tanto, un concepto de sobreendeudamiento flexible, adaptable a la casuística, y sobre todo que ponga

⁴³⁵ Sobre la distinción entre sobreendeudamiento e insolvencia: BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: "Insolvencia de las familias en la Ley Concursal española", en "El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los consumidores". TOMILLO URBINA, J. director, ÁLVAREZ RUBIO, J. coordinador., Cizur Menor, 2008. Pág. 203 y ss.; PULGAR EZQUERRA, J. "Concurso y consumidores en el marco del Estado social de bienestar". Op. Cit. Pág. 71; "El concurso de acreedores. La declaración", Las Rozas, 2009. Pág. 350 y ss; "El presupuesto objetivo de la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores" en Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar. CUENA CASAS, M. Y COLINO MEDIAVILLA, J.L. Coord. Cizur Menor, 2009. Pág. 75 y ss.; ÁLVAREZ VEGA, M.I., "La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente". Op. Cit. Pág. 463 y ss.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., "El sobreendeudamiento doméstico: Prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso". Op. Cit. Pág. 28 y ss.; TRUJILLO DÍAZ, I.J., "El sobreendeudamiento de los consumidores". Op. Cit. Pág. 10 y ss.

⁴³⁶ ÁLVAREZ VEGA, M.I., "La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente". Op. Cit. Pág. 50.

en relación el patrimonio y los ingresos del deudor con la posibilidad real de hacer frente a sus compromisos. De este modo, en el sentido más amplio, se hallará sobreendeudado aquel consumidor que, aunque no resulte definitivamente insolvente, no sea capaz de hacer frente a sus deudas según un plan de ingresos racional⁴³⁷.

En cuanto a la condición del deudor, buena parte de los estudios han referido el sobreendeudamiento a la figura del consumidor⁴³⁸, lo que restringiría la protección a los que ostentan tal condición, sin embargo, a los efectos de este trabajo es mejor hablar de particulares⁴³⁹ o de persona física, que constituye uno de los sujetos del concurso y al que son de aplicación, con carácter general, los problemas que plantea la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho.

Llegados a este punto debe distinguirse entre sobreendeudamiento activo y pasivo. El sobreendeudamiento activo se asocia a la asunción excesiva de deudas, en tanto que la incapacidad sobrevenida de hacer frente a los créditos por causas imprevistas se considera sobreendeudamiento pasivo. El sobreendeudamiento activo se asocia con la adicción al consumo o, cuando menos, con el consumo irreflexivo. El sobreendeudamiento pasivo se debe a determinadas contingencias sobrevenidas capaces de mermar la capacidad de ingresos o incrementar los gastos, impidiendo hacer frente a la deuda, tales como despido laboral, accidente, enfermedad o fallecimiento de uno de los cónyuges, asunción de gastos imprevistos, abandono del empleo de la mujer para cuidar de los hijos, separación o divorcio⁴⁴⁰. La distinción reviste una

⁴³⁷ En palabras de TRUJILLO DÍAZ, I.J., "El sobreendeudamiento de los consumidores". Op. Cit. Pág. 12 y ss.

⁴³⁸ Sobre el concepto de consumidor puede verse, entre otros, a ÁLVAREZ VEGA, M.I., "La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente". Op. Cit. Pág. 37 y ss; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., "El sobreendeudamiento doméstico: Prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso". Op. Cit. Pág. 24 y ss.; TRUJILLO DÍAZ, I.J., "El sobreendeudamiento de los consumidores". Op. Cit. Pág. 5 y ss.

⁴³⁹ A favor de este concepto amplio al referirse a sobreendeudamiento e insolvencia se pronuncia GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., "El sobreendeudamiento doméstico: Prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso". Op. Cit. Pág. 25. En el mismo sentido ÁLVAREZ VEGA, M.I., "La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente". Op. Cit. Pág. 49.

⁴⁴⁰ ROJO, A., "Problemas y cuestiones en torno al sobreendeudamiento e insolvencia de las familias españolas", en "El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los consumidores". TOMILLO URBINA, J. director, ÁLVAREZ RUBIO, J. coordinador., Cizur Menor, 2008. Pág. 253; PULGAR

especial importancia ya que introduce la noción de deudor de buena fe o deudor honesto y da lugar a una discusión acerca de si sólo merece una especial protección el consumidor sobreendeudado por causas sobrevenidas y ajenas a su voluntad, pero no el consumidor que negligentemente ha asumido créditos excesivos a los que ya desde un principio no puede hacer frente⁴⁴¹, lo que tiene trascendencia en relación al enfoque que deba hacerse de las soluciones al concurso y la superación de la situación de insolvencia que se plantearán más adelante.

Por el contrario la insolvencia es una situación o estado jurídico que determina, en caso de que se trate de insolvencia actual, la obligación de solicitud y eventual declaración de concurso, constituyendo el presupuesto objetivo de éste. A la insolvencia se refiere el art. 2.2 LC al establecer que: “*Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*”. De este modo estará en situación de insolvencia quien no puede atender sus obligaciones sin acudir a mecanismos extraordinarios de financiación o enajenación de todos o parte de sus bienes. De lo expuesto cabe concluir que la Ley tiene en cuenta el factor liquidez como determinante de la situación concursal. Aunque, normalmente, la situación de sobreendeudamiento llevara a una situación de insolvencia no siempre será así, siendo posible que el deudor sobreendeudado pueda, con dificultad, seguir haciendo frente a sus obligaciones crediticias sin necesidad de acudir al concurso y al contrario es posible que no exista sobreendeudamiento y sí una falta de liquidez que obligue a acudir al concurso como instrumento para superar esa situación de insolvencia.

EZQUERRA, J.: “El presupuesto objetivo de la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores”. Op. Cit. Pág. 74 y ss.; TRUJILLO DÍAZ, I.J., “El sobreendeudamiento de los consumidores”. Op. Cit. Pág. 2.

⁴⁴¹ En este sentido TRUJILLO DÍAZ, I.J., “El sobreendeudamiento de los consumidores”. Op. Cit. Pág. 3.

3.- LA PREVENCIÓN DEL SOBREENDEUDAMIENTO

En España buena parte de los esfuerzos del legislador por hacer frente a los problemas del sobreendeudamiento de los particulares se han centrado en el aspecto preventivo, persiguiéndose evitar la concesión abusiva de crédito y promoviendo el crédito responsable, siempre teniendo en cuenta las obligaciones en este ámbito de ambas partes del contrato: prestatario y prestamista, si bien se imponen más exigencias al prestamista profesional sobre quien recae un especial deber de control sobre la solvencia y la información que recibe el prestatario. Se trata del crédito responsable⁴⁴², cuya noción está ya recogida en diversos preceptos de nuestra legislación.

Así, el art. 14 de la Ley 16\2011, de 24 de junio de contratos de crédito al consumo, que traspone la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, relativa a los Contratos de Crédito al Consumo, por la que se deroga la Directiva 87/102/CE se refiere a la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor estableciendo que: *“El prestamista, antes de que se celebre el contrato de crédito, deberá evaluar la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente obtenida por los medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el consumidor, a solicitud del prestamista o intermediario en la concesión de crédito. Con igual finalidad, podrá consultar los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, a los que se refiere el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en los términos y con los requisitos y garantías previstos en dicha Ley Orgánica y su normativa de desarrollo. En el caso de las entidades de crédito, para la evaluación de la solvencia del consumidor se tendrán en cuenta, además, las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables según su legislación específica”*, en similares términos se expresa la Ley 2\2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible en su art. 29, que establece en el apartado 2 a los siguientes criterios que deberían ser tenidos en cuenta la hora de evaluar la solvencia del deudor: *“1.º Una adecuada atención a los ingresos de los*

⁴⁴² Vid. A este respecto REIFNER, U. “Thou shall pay thy debts. Personal bankruptcy law and inclusive contract law”. Op. Cit. Pág. 152 y ss.

consumidores en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo; 2.º La adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales; 3.º La consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia; 4.º La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante; 5.º La información precontractual y asistencia apropiadas para el consumidor; 6.º El respeto de las normas de protección de datos”⁴⁴³.

No obstante, no se establecen consecuencias para el caso de incumplimiento de la obligación del acreedor de evaluar la solvencia del deudor y tampoco se prevén mecanismos legales para que el acreedor pueda obtener una información fiable no tanto del patrimonio del deudor, sino de su comportamiento crediticio. Lo decisivo es saber si el deudor ha cumplido en tiempo y forma sus obligaciones, lo cual solo puede tenerse en cuenta a través de ficheros de solvencia positivos. Y es que de poco sirve exigir crédito responsable si los prestamistas no pueden acceder de manera rápida y sencilla a una información económica y fiable del consumidor, algo que en España no funciona adecuadamente, ya que no existe fluidez en la circulación de la información financiera del deudor siendo públicos sólo los ficheros de solvencia negativos⁴⁴⁴.

Precisamente, el hecho de que nos encontremos ante una norma sin sanción, permite plantear la cuestión relativa a la posibilidad de exigir algún tipo de responsabilidad a las entidades de crédito que infringen la normativa relativa al préstamo responsable, provocando el sobreendeudamiento o, incluso, posterior insolvencia del deudor. Para ello, lo primero es determinar,

⁴⁴³ En desarrollo del citado precepto se ha dictado la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que en su artículo 18 regula, como elemento esencial del préstamo responsable la evaluación previa de la solvencia del deudor, que será determinante de la concesión o no del crédito.

⁴⁴⁴ CUENA CASAS, M., “Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente (A propósito del Auto del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010)”. Op. Cit. Pág. 309.

ante la ausencia de regulación normativa, el ámbito de responsabilidad por daño contractual (1258 CC) o extracontractual (1902 CC), en función del sujeto, deudor o acreedores, frente a los que se persiga depurar la eventual responsabilidad de las entidades financieras⁴⁴⁵.

Se podría entender que nos encontraríamos ante una responsabilidad contractual basada en el status jurídico de la banca del que derivaría su obligación de actuar prudentemente tutelando, además, a los acreedores del deudor financiado, sin embargo, como se ha apuntado por algún autor es cuestionable que el estatuto jurídico de la banca sea idóneo para generar obligaciones de esta índole⁴⁴⁶. Parece más factible proceder a esa imputación sobre la base de los principios generales del derecho de daños y la responsabilidad extracontractual ex art. 1902 CC. En este sentido podría defenderse que la entidad financiera, como tercero, lesiona el derecho subjetivo de los restantes acreedores cuando sigue financiando o refinanciando en situaciones de dificultad económica o insolvencia, creando una apariencia de solvencia e incrementando el pasivo, acompañándose por lo general de la constitución de garantías que fortalecen su posición disminuyendo correlativamente las expectativas de cobro de los restantes acreedores. No obstante, esta tesis no deja de plantear problemas como los relativos a la determinación del grado de culpa exigible a la entidad financiera en el momento de la concesión del crédito que guardará relación con la situación económica del deudor en orden a la consideración de abusiva la concesión del crédito; así como la determinación de un nexo causal directo entre el acto de prestamista y el daño causado a los acreedores, que en la generalidad de los casos solo podrá calificarse daño indirecto o colateral⁴⁴⁷.

Es por ello que, en caso de concurso, sea más fácil acudir a otras modalidades de responsabilidad como es la consideración de la entidad prestamista como cómplice en la calificación culpable del concurso, entendiendo por tales, al amparo de lo establecido en el art. 166 LC, las personas que con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si

⁴⁴⁵ En este punto más detalladamente puede verse a PULGAR EZQUERRA, J.: "Preconcurso y acuerdos de refinanciación". Las Rozas, 2012. Pág. 567 y ss.

⁴⁴⁶ *Ibídem*. Pág. 589.

⁴⁴⁷ *Ibídem*. Pág. 592.

los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable. Esos actos son aquellos que mediando dolo o culpa grave, comportan una generación o agravación de la insolvencia (art. 164.1 LC) y cuya prueba se ve favorecida por las presunciones iuris et iure del art. 164.2 LC y iuris tantum del art. 165 LC. Esta calificación permitiría, por aplicación de lo establecido en el art. 172.2.3 y 3 LC⁴⁴⁸, activar importantes mecanismos de complementamiento de la masa activa, lo que coadyuvaría a la satisfacción de los créditos de los acreedores⁴⁴⁹.

En cualquier caso, la educación financiera es algo en lo que se debe incidir. El crédito, como veíamos, forma parte de la vida económica e incrementa la productividad. La educación financiera tiene que ir encaminada a cómo usar los créditos correctamente, mediante adecuadas leyes de protección al consumidor. Esa educación financiera tiene que ir en dos vertientes: a los acreedores para que ofrezcan productos adecuados fáciles de entender, adaptados a la situación social de su cliente y a los deudores, esencialmente sobre su posición y cómo puede hacer más productivo el uso del crédito⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ Disponen el art. 172.2.3 LC que la sentencia que califique el concurso culpable contendrá los siguientes pronunciamientos: “ 3.º *La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados*”. En tanto que el apartado 3º del art. 172 LC establece que: “ *La sentencia que califique el concurso como culpable condenará, además, a los cómplices que no tuvieran la condición de acreedores a la indemnización de los daños y perjuicios causados*”.

⁴⁴⁹ PULGAR EZQUERRA, J.: “Preconcurso y acuerdos de refinanciación”. Op. Cit. Pág. 593.

⁴⁵⁰ Así lo afirma REIFNER, U.: “Thou shall pay thy debts. Personal bankruptcy law and inclusive contract law”. Op. Cit. Pág. 194 y ss. Al asesoramiento financiero como elemento clave en la prevención de la insolvencia se refiere igualmente GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., “El sobreendeudamiento doméstico: Prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso”. Op. Cit. Pág. 141 y ss.

4.- LAS CARENCIAS DEL CONCURSO DE ACREEDORES PARA RESOLVER LA INSOLVENCIA DE LA PERSONA FÍSICA

Ahora bien, una de las mayores carencias de la Ley concursal, puesta de manifiesto a lo largo de estos más de nueve años de vigencia, es el tratamiento del concurso de las personas físicas⁴⁵¹. Seguramente porque en el momento de redacción de la Ley la experiencia no mostraba un gran número de concursos de personas físicas, la Ley zanjó la cuestión con unas ligeras modificaciones, pero mantuvo la concepción global del procedimiento referida, fundamentalmente, al concurso de las personas, particularmente jurídicas, dedicadas a la actividad empresarial.

La primera carencia se refiere a la inaplicabilidad a las personas físicas de la paralización de la ejecución de garantías reales. La previsión del artículo 56 LC contempla la suspensión solo en el caso de continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor⁴⁵². El artículo 56.1 establece que: *“Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectan a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación”*. Buena parte de las solicitudes de concurso de personas físicas no comerciantes, lo que se conoce como concurso del consumidor, tienen su fundamento en la imposibilidad de hacer frente al préstamo hipotecario y se presentan con la intención de paralizar o

⁴⁵¹ Las deficiencias del actual proceso concursal para abordar los problemas de la insolvencia de las personas físicas ha sido denunciado por numerosos autores. Así lo entienden, entre otros, ÁLVAREZ VEGA, M.I., “La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente”. Op. Cit. Pág. 532; COLINO MEDIAVILLA, J.L., “Concurso de consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges. (Comentario al auto de declaración de concurso voluntario de 29 de diciembre de 2004, del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona)”. Op. Cit. Pág. 219; GOZALO LÓPEZ, V.: “La protección de los consumidores en el procedimiento concursal”, Op. Cit. Pág. 290 y ss.; PEÑAS MOYANO, B., “Concurso de Consumidores”, Op. Cit. Pág. 243.

⁴⁵² Lo que, como se ha apuntado por CERRATO, E., “La discriminación negativa del consumidor ante la ejecución de garantías reales en la Ley Concursal”. ADCo. Aranzadi, nº 26/2012. Pág. 239 y ss, convierte al consumidor como el gran perjudicado de la deficiente regulación de los efectos del concurso sobre la ejecución de garantías reales no afectas a ninguna actividad profesional o empresarial, pues lejos de paliar su situación de insolvencia la empeora discriminándolo respecto de las empresas concursadas.

evitar una eventual ejecución hipotecaria, algo que según el texto legal no es posible⁴⁵³.

Este problema, en parte, se ve aliviado por la nueva redacción del art. 56.2 LC que establece que: *“Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Sólo se alzará la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”*. Lo que comporta, de facto, una paralización de toda ejecución de garantía real, se trate o no de bien afecto a una actividad económica, hasta que el juez del concurso se pronuncie sobre su carácter afecto o no, lo que puede dar algo de margen al deudor hipotecario.

Por otra parte, el concurso produce una serie de efectos negativos respecto de las personas especialmente relacionadas con el deudor persona física. Éstas se relacionan en el art. 93.1 LC que establece que: *“1. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural:*

1º El cónyuge del concursado o quién lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

2º Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior.

⁴⁵³ No obstante se ha defendido por algún autor integrar en ese concepto la protección de la economía familiar o doméstica permitiendo la conservación de la vivienda familiar en cuanto sea posible compaginarla con la mejor satisfacción de los acreedores. Así lo entiende COLINO MEDIAVILLA, J.L., “Concurso de consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges. (Comentario al auto de declaración de concurso voluntario de 29 de diciembre de 2004, del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona)”. Op. Cit. Pág. 227.

3º *Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado*”.

Sobre la base del art. 92.5 LC, los créditos que estas personas pudieran ostentar frente al concursado automáticamente se subordinan, pudiendo eludirse esta subordinación exclusivamente si se destruye la relación de proximidad con el deudor⁴⁵⁴. El artículo 92 LC clasifica y define los créditos subordinados y consta de seis apartados, estableciéndose en el quinto que se consideran créditos subordinados: *“los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el número primero del artículo 91 cuando el concursado sea persona natural”*. Vemos que aquí se establece un primer efecto, negativo, en relación a la situación de los familiares del concursado, pues sus créditos se ven postergados y se cobrarán en último lugar, caso de que se cobren, efecto que se produce con independencia de cuál sea la naturaleza, cuantía u origen del crédito, salvo lo dispuesto para el derecho de alimentos. Además, tal y como prevé el apartado 2º del artículo 97: *“si el acreedor calificado en la lista de acreedores como especialmente relacionado con el deudor no impugnar en tiempo y forma esta calificación, el juez del concurso, vencido el plazo de impugnación y sin más trámites, dictará auto declarando extinguidas las garantías de cualquier clase constituidas a favor de los créditos de que aquél fuera titular, ordenando, en su caso, la restitución posesoria y la cancelación de los asientos en los registros correspondientes. Quedan exceptuados de este supuesto los créditos comprendidos en el número 1º del artículo 91 cuando el concursado sea persona natural”*.

La finalidad de la previsión legislativa es sancionar a aquellos acreedores que, por su relación familiar o afectiva, pudieron y debieron conocer la situación de este y son, de algún modo, responsables indirectos de esa situación. Por otra parte, se pretende sancionar las conductas consistentes en simulación de créditos con personas del entorno, generadas con la única

⁴⁵⁴ ALONSO LEDESMA, C., en “Créditos contra la masa y créditos concursales: comunicación y reconocimiento de créditos”, en “El concurso de acreedores, adaptado a la Ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal”. PULGAR EZQUERRA, J., directora. Las Rozas, 2012. Pág. 338 y ss.

finalidad de salvaguardar el propio patrimonio. Sin embargo, el automatismo con el que se contempla la situación de estas personas relacionadas con el deudor es criticable, pues no cabe la posibilidad de probar que se desconocía la situación del deudor o que el crédito responde a una causa real⁴⁵⁵. La norma no tiene en cuenta que, en muchos supuestos, son estas personas del entorno las únicas que “pueden y quieren” cooperar económicamente con el deudor con la finalidad de impedir la situación de insolvencia y, en la mayoría de los casos, son también los más afectados por la crisis⁴⁵⁶. Tal vez, hubiese sido más equitativo permitir un análisis de la situación y del crédito en orden a su subordinación o darle el tratamiento concursal procedente y su graduación como si de un acreedor ordinario se tratara.

También plantea problemas específicos el tratamiento del cónyuge cuando el régimen económico del matrimonio es el de gananciales. Una de las contradicciones de la Ley concursal respecto al tratamiento del cónyuge no deudor lo constituía la previsión del artículo 84.1 LC al establecer que: *“en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, no se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el*

⁴⁵⁵ En contra de esta subordinación automática de las personas especialmente relacionadas con el deudor se posicionan, entre otros: ÁLVAREZ VEGA, M.I., “La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente”. Op. Cit. Pág. 516; COLINO MEDIAVILLA, J.L.: “Tratamiento de la crisis patrimonial del consumidor: Procedimiento colectivo extrajudicial preconcursal, procedimiento colectivo preventivo o procedimiento concursal especial”, en Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar. CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. coordinadores. Cizur Menor, 2009. Pág. 441; CUENA CASAS, M. y MAS-GUINDAL, J.: “Familia y concurso de acreedores”, en Tratado de Derecho de Familia, YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M. directores. Vol. IV. Cizur Menor, 2011. Pág. 575; GARCÍA VICENTE, J.R., “¿Un régimen especial para el concurso del consumidor? Notas sobre la liberación de deudas pendientes”. Op. Cit. Pág. 205.

⁴⁵⁶ Así lo entiende ALONSO LEDESMA, C., en “Créditos contra la masa y créditos concursales: comunicación y reconocimiento de créditos”, Op. Cit. Pág. 338 y ss., quien añade que: “La subordinación de los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor, como antes indicáramos, se basa simplemente en la relación de cercanía con el deudor, sin atender a la causa de su crédito ni a las concretas razones que han motivado su nacimiento, o a la conducta de los titulares de esos créditos. Pretende ser, ante todo, una medida profiláctica que impida que personas que por su posición conocen la situación financiera del deudor, o que quienes no financiaron adecuadamente al deudor debiendo haberlo hecho, aparezcan como acreedores, en ocasiones con sus créditos garantizados, desplazando las pérdidas económicas a los demás acreedores del deudor. Es decir, esta subordinación automática sin atender a otras causas parece descansar en la idea de protección de los acreedores externos en detrimento de los acreedores internos presuponiendo que siempre y en cualquier circunstancia éstos actúan de manera dolosa o con ánimo defraudatorio de los intereses de los restantes acreedores lo que, realmente, parece excesivo. Y ello, porque la subordinación, en la medida en que representa una excepción negativa, sólo debería operar cuando exista una patente injusticia entre los acreedores internos y los externos por la situación de información asimétrica que se produce, pero no en toda circunstancia”.

cónyuge del concursado, aunque sean, además, créditos a cargo de la sociedad o comunidad conyugal”.

No obstante, los bienes comunes sí que responden de todas la deudas del concursado, comunes o privativas pues, como ya vimos, el artículo 77 LC se refiere a los bienes conyugales y establece en su apartado 2º que: *“si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado”*. Esto planteaba un evidente problema para los acreedores del cónyuge no concursado, pues veían como los bienes comunes, que garantizan también en algunos casos el pago de sus créditos, van a servir para satisfacer los del cónyuge, sustrayéndose al régimen de responsabilidad previsto en el Código civil. Podría, no obstante, superarse la literalidad de la norma prevista en el artículo 84.1 LC, e ir más allá del concepto formal de acreedor y distinguir entre deudas privativas del cónyuge no concursado, respecto de las que solo responden los bienes gananciales subsidiariamente, tal y como prevé el artículo 1373.1 CC, y aquellas otras concertadas individualmente por el cónyuge no concursado, pero de las que responde solidariamente el patrimonio ganancial, pues se generaron para atender necesidades gananciales, tal y como establece el artículo 1369 CC. De estas últimas, que son deudas comunes, también es deudor el concursado, aunque hayan sido concertadas exclusivamente por el otro cónyuge, por lo que deberían incluirse en la masa pasiva del concurso, de las que, por tanto, resultarían excluidas tan solo las deudas privativas del cónyuge no concursado⁴⁵⁷.

Esta contradicción se salva con la reforma de la Ley Concursal y la nueva redacción del art. 49.2 tras la Ley 38/2011 que establece que: *“en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de*

⁴⁵⁷ La cuestión no es pacífica. A favor de esta tesis se pronunciaban, entre otros BELTRÁN, E. en Comentario a la Ley concursal. Coord. ROJO, A. Y BELTRÁN. Thomson Civitas, Madrid 2004, pág. 1498 y GUILARTE, V.: “La Liquidación de la sociedad de gananciales del concursado”, en ADCo. Aranzadi nº 5/2005. Pág. 83 y ss. En contra se posicionaba GALÁN LÓPEZ, C. en Comentarios a la Legislación concursal. Coord. PULGAR EZQUERRA, J. ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A. y ALCOVER GARAU, G. Dykinson, Madrid 2004, Pág. 847. Para esta autora tal solución discriminaría a los acreedores del concursado que verían incrementada la masa pasiva con unos créditos de los que, por aplicación del artículo 1369 CC, responden solidariamente los bienes del cónyuge que asumió la deuda.

comunidad, se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal". Además se suprime en el apartado 1 del art. 84 referencia alguna a las deudas del cónyuge casado, subsistiendo, no obstante esta reforma, el problema relativo a la defensa de los derechos del cónyuge no deudor.

La solución más eficaz para la protección de los intereses del cónyuge no deudor y de sus acreedores es la liquidación del régimen económico conyugal, al integrarse en la masa activa bienes comunes, tal y como prevé el propio apartado 2º del artículo 77 que establece que: *"En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso"*. Ciertamente es una decisión potestativa del cónyuge del concursado, que puede pedir la liquidación o no. En caso de que no lo haga subsistirá el régimen y se procederá a la realización de los bienes gananciales para pagar las deudas del concursado, generándose, según el artículo 1397.3 CC, un derecho de crédito a favor de la sociedad conyugal en la liquidación futura, para el caso de que el patrimonio ganancial sirviera para afrontar deudas privativas del concursado. No obstante, la administración concursal debe indicar en la lista de acreedores qué créditos pueden satisfacerse con cargo a bienes privativos y cuáles con cargo a los bienes comunes tal y como prevé el artículo 86.4 según el cual: *"Cuando el concursado fuere persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, la administración concursal expresará, respecto de cada uno de los créditos incluidos en la lista, si sólo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo o también sobre el patrimonio común"*. Previsión que se reproduce de modo similar en el artículo 94.2, pero que no impedirá que al fin se vean afectados los bienes comunes, incluso por deudas privativas del concursado, respecto de las que responden de modo subsidiario⁴⁵⁸.

⁴⁵⁸ Una alternativa a la liquidación es la solicitud por el cónyuge no deudor de su propio concurso y la acumulación al de su cónyuge, tal y como establece el art. 25 bis 1.5º LC. Es más, tras la reforma de la Ley concursal llevada a cabo por Ley 38/2011 se contempla la

La liquidación del régimen económico, sin embargo, permite proteger, como se dijo, no solo al cónyuge, sino también a sus acreedores, evitando así la vinculación de más bienes a la masa activa del concurso con el riesgo de que la merma de la cuota que correspondiera al cónyuge de la sociedad de gananciales sirva para sufragar deudas exclusivas del concursado. No obstante, la parca regulación que de esta liquidación se hace en la Ley concursal plantea numerosas cuestiones defectuosamente resueltas en la Ley Concursal⁴⁵⁹.

Tampoco las soluciones al concurso dan una respuesta satisfactoria al problema de la insolvencia familiar. De entre las dos posibles formas de conclusión del concurso: convenio o liquidación, solo la primera, como ya vimos, es apta para superar la situación de insolvencia del deudor y dar una satisfacción, siquiera parcial o aplazada a sus acreedores, conllevando difícilmente la liquidación dicho efecto. Téngase en cuenta que la liquidación, al margen de bienes gravados y afectos al pago de créditos con privilegio especial, se limitará a satisfacer los créditos con la parte embargable de sueldos y pensiones, lo que dará lugar a retenciones periódicas de pequeñas cantidades, alargando, en muchos casos, durante años la liquidación, lo que convierte a ésta en una solución poco operativa⁴⁶⁰. La Ley 38/2011 ha venido a facilitar la conclusión de la liquidación cuando solo existan en el patrimonio del deudor bienes inembargables o de escaso valor al establecer el art. 152.2 LC que: *“...No impedirá la conclusión que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su*

posibilidad en el art. 25 ter 2 de que excepcionalmente se consoliden inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados, lo que excluiría en algunos casos, la necesidad de proceder a la liquidación.

⁴⁵⁹ Un estudio detallado de los problemas que plantea el concurso de la persona casada en régimen de gananciales puede verse en CUENA CASAS, M.: “El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad”. Cizur Menor, 2008 y en CABANAS TREJO, R.: “Régimen de Gananciales y concurso de la persona física”. Hospitalet de Llobregat, 2012. Igualmente en BLANQUER UBEROS, R. en “El concurso de los cónyuges en gananciales o impropiaamente el concurso del matrimonio”, RcP, La Ley. nº. 9/2008. Pág. 17 y ss.

⁴⁶⁰ Crítica con la liquidación como modo de solución del concurso de las personas físicas se muestra ÁLVAREZ VEGA, M.I., “La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente”. Op. Cit. Pág. 546.

previsible valor venal....” La conclusión de la fase de liquidación determinará la concusión del concurso tal y como prevé el art. 176.1.2 LC, si bien con pasivo insatisfecho, desplegándose, en consecuencia, los efectos del art. 178.2 LC, en su redacción anterior a la Ley 14/2013 y, en consecuencia, la plenitud de efectos de la responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC. En España, a diferencia de lo que acaece en otros países de nuestro entorno, no existía una solución clara para el concurso de las persona físicas, por cuanto no se contemplaban mecanismos de liberación de deudas o exoneración de pasivo insatisfecho la “*discharge*” del derecho anglosajón, que darían sentido al concurso de la persona física, aun cuando no tuviera activo suficiente para “cubrir” los créditos contra la masa.

5.- PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

En cualquier caso, esta carencia no pasó desapercibida. Ya durante la tramitación parlamentaria de la Ley Concursal en el año 2003 las enmiendas número 560 y 561 presentadas por el Grupo Parlamentario Catalán pretendieron introducir un régimen de exoneración para aquellos concursados personas naturales honestos, en relación con las deudas que no hubieran sido satisfechas con el producto de la liquidación concursal, para procurar a estos deudores honestos una segunda oportunidad, lo que viene a llamarse un fresh start. Sin embargo, la propuesta no fue aceptada.

La tramitación de la reforma llevada a cabo por Ley 38/2011 fue precedida de la constitución de una Sección especial de la Comisión General de Codificación, uno de cuyos objetivos era, precisamente, tratar, entre otros temas, el sobreendeudamiento de la persona física. Durante la tramitación de la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal, en plena crisis económica que ya afectaba a millones de personas, se presentaron diversas iniciativas tendentes a establecer instrumentos que permitan al deudor persona natural superar situación de insolvencia.

Así, debe destacar la enmienda nº 136 presentada en Senado por el Grupo Parlamentario de Entesa Catalana de Progrés que pretendía añadir un nuevo art. 172 ter que introduce el expediente de liberación de deudas o “fresh start: *“1. En el caso de deudor persona natural, la resolución judicial que declare el concurso fortuito podrá acordar motivadamente que, si de la liquidación resulta la inexistencia de bienes y derechos suficientes para satisfacer a los acreedores, la obligación de responder de las deudas subsistentes con los bienes y derechos que obtenga en el futuro prevista en el artículo 1.911 del Código Civil sea limitada temporalmente en consideración a las circunstancias personales del deudor y de su familia. En tal caso, la resolución judicial determinará que, transcurrido un plazo que no podrá ser inferior a tres años ni superior a seis computado desde la fecha de la firmeza del auto de conclusión del procedimiento concursal, el deudor quedará exonerado de la obligación de pagar el pasivo concursal que permanezca insatisfecho y no podrá acordarse si el deudor se hubiera beneficiado de tal mecanismo de exoneración en el período de diez años anterior a la resolución judicial. Esta exoneración podrá ser revocada en el plazo de un año desde que se acuerde, a instancias de cualquier acreedor que justifique que, tras la conclusión del concurso, el comportamiento del deudor haya frustrado negligente o dolosamente las posibilidades de cobro de sus acreedores. La exoneración no perjudicará a los acreedores cuyos derechos de créditos nazcan con posterioridad a la conclusión del concurso.*

2. Con carácter alternativo a lo previsto en el apartado anterior, siempre que concurran las circunstancias señaladas en el mismo y en consideración a las circunstancias personales del deudor y de su familia, la resolución judicial que declare el concurso fortuito podrá establecer motivadamente, durante el plazo que estime adecuado, un umbral de inembargabilidad de los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones futuras del deudor superior al previsto con carácter general en el ordinal segundo del artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cualquier persona natural o jurídica con interés legítimo podrá solicitar la modificación de dicho umbral de inembargabilidad cuando acredite el cambio de las circunstancias que justificaron la elevación del mismo en beneficio del deudor.

3. En los supuestos previstos en el apartado primero, no será posible la reapertura del concurso y tendrán carácter individual las acciones que, en su caso, se interpongan hasta la fecha en que sea efectiva la exoneración de deudas. Una vez sea eficaz la exoneración de deudas, serán archivadas las acciones individuales en trámite que no hayan sido conducentes y únicamente cabrá la solicitud de un nuevo concurso de acreedores frente al mismo deudor si se cumplen los presupuestos establecidos en esta Ley en relación con deudas nacidas tras la conclusión del primer procedimiento concursal.

4. En las hipótesis previstas en el número 2 anterior no será posible la reapertura del concurso de acreedores, pero los nuevos umbrales de inembargabilidad no podrán oponerse a los acreedores cuyos créditos hayan nacido con posterioridad a la conclusión del concurso”.

La justificación de la enmienda se encontraba en el trato discriminatorio de la persona física en relación a la jurídica en caso de conclusión de concurso con pasivo insatisfecho y en facilitar entre deudor y acreedores cauces convencionales tendentes a solucionar la solución de insolvencia del deudor.

Por su parte, la enmienda número 1 presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió en la que se establecía un procedimiento notarial previo adicionando un apartado cuarto al art. 5 LC, se justificaba en la finalidad de desjudicializar y promover la solución convencional de la insolvencia del deudor persona natural, incidiendo así en la solución a las carencias que el proceso concursal, tal y como viene definido en la Ley, presenta en relación a la insolvencia de la persona natural, sobre todo cuando no ejerce una actividad económica.

Al final las enmiendas fueron rechazadas, por lo que la reforma de la Ley Concursal llevada a cabo por Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal no ha abordado este problema, limitándose a lo establecido en la Disposición Adicional Única, en virtud de la cual: *“El Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se*

encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca.

Dicho informe incluirá la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias. A tal efecto, podrán proponerse opciones de solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza”.

En la presente legislatura se han presentado diversas iniciativas parlamentarias dirigidas a dar respuesta al problema generado por la insolvencia de la persona natural. La primera ha sido la del Grupo Parlamentario UPyD que ha presentado una Proposición de Ley relativa a la Dación en pago y Protección de las personas físicas insolventes. La Propuesta introduce modificaciones en la Ley Concursal, la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Hipotecaria con objeto de paliar las dificultades que suscita la insolvencia de la persona física y, particularmente, la problemática *de la ejecución de la hipoteca que no logra extinguir la deuda hipotecaria, quedando el deudor responsable de la misma a pesar de haber perdido la vivienda*. Se entra en la problemática de la ejecución de la hipoteca y las valoraciones de los bienes en pública subasta. También introduce los arts. 178 bis y 178 ter en la Ley Concursal, en los que se regula una la exoneración del pago de las deudas pendientes una vez transcurrido un plazo de entre tres y cinco años tras la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho. Se prevé la suspensión de la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual en el art. 56 y se regula un procedimiento preconcursal notarial en el nuevo art. 5 ter.

Por su parte el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, ha presentado en el Congreso de los Diputados una iniciativa denominada Proposición de Ley de medidas contra el sobreendeudamiento personal y de protección ante procedimientos de ejecución que afecten a personas naturales, incluyendo el derecho a la vivienda. La proposición de Ley se centra en los problemas que plantea la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual, contempla la dación en pago y regula alternativas al lanzamiento de sus ocupantes. Prevé un procedimiento de liquidación ordenada de deudas de

las personas físicas con insolvencia sobrevenida que puede ser extrajudicial, ante notario o ante la Juntas arbitral de consumo o judicial, pero al margen del concurso. El procedimiento pretende alcanzar un convenio para la liquidación ordenada del patrimonio del deudor, que podrá contener quitas y esperas, pero cuyo plazo no podrá ser superior a cinco años. En caso de que no se alcance el acuerdo, la autoridad judicial puede imponer un plan para esa liquidación ordenada, estableciendo en su caso las condiciones para la liberación de la deuda restante.

También el Grupo parlamentario socialista ha presentado una iniciativa denominada Proposición de Ley de medidas contra el desahucio, el sobreendeudamiento y la insolvencia. La proposición modifica artículos de la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Esas reformas tienen por objeto equilibrar la posición del deudor con la del acreedor hipotecario, desequilibrio que se habría puesto de manifiesto durante la actual crisis del mercado inmobiliario. También se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos⁴⁶¹, con el fin fundamental de extender las soluciones en él ofrecidas (reestructuración de la deuda hipotecaria, quita en el capital pendiente de amortización o incluso la dación en pago como último recurso) a muchos otros deudores que también padecen graves dificultades para hacer frente a sus deudas pero que no se encuentran en el umbral de exclusión definido en el Real Decreto-ley. Por último, se introduce un procedimiento extrajudicial previo al concursal para dar solución al sobreendeudamiento no doloso en que se encuentre, por causas sobrevenidas, el consumidor, procedimiento que prevé la suspensión de la ejecución de las garantías reales, se prevé que en caso de no alcanzarse un acuerdo el juez del concurso pueda imponer un plan de pagos, imponer quitas o, incluso limitar temporalmente los efectos del art. 1911 CC, lo que de hecho comporta una exoneración del pasivo no satisfecho.

⁴⁶¹ El RDL 6/2012 será objeto de estudio más adelante.

El Gobierno presentó el Proyecto de Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que se ha convertido, tras su tramitación parlamentaria en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. En la misma, al margen de regular el estatuto del emprendedor incluyendo la figura del empresario individual con responsabilidad limitada, que abordaremos más adelante, se contempla un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos para deudores sobreendeudados y se introducen instrumentos de exoneración de deudas para el deudor persona física en concurso, que serán objeto de estudio detallado en otros apartados del presente trabajo.

6.- LA RESPUESTA JUDICIAL A LA INEXISTENCIA DE MECANISMOS EXONERATORIOS DE LA PERSONA FÍSICA

El problema fue abordado por el auto de fecha 26 de octubre de 2010 dictado por el Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona en el concurso voluntario 671/2007⁴⁶². En el auto se expone con toda su crudeza la incongruencia de una Ley Concursal que, en muchas ocasiones, no aporta soluciones al concurso de

⁴⁶² En cuanto a los hechos enjuiciados en el auto citado, se trataba del concurso de dos deudores persona física que no realizaban actividad empresarial. Liquidado el patrimonio de los deudores, es la administración concursal la que solicita la aprobación de las cuentas y la exoneración de las deudas no satisfechas en la fase de liquidación, no son los deudores los que la solicitan. Se trata de dos pensionistas que perciben como ingresos mensuales 908,87 euros y 1.462,59 euros respectivamente. En el informe definitivo de la administración concursal se fija la cantidad debida por créditos ordinarios en 108.287, 87 euros. Así mismo, existe un crédito hipotecario que resultó satisfecho en su integridad tras la conclusión de la fase de liquidación. En definitiva, enajenada la vivienda, único activo de los concursados, se abonó el préstamo hipotecario, todos los créditos contra la masa y el 45,9% del crédito ordinario. Liquidado el patrimonio de los deudores, resta por abonar la cantidad de 58.692,02 euros. Éste es el pasivo pendiente. Por otro lado, debe ser resaltado el hecho de que los concursados presentaron propuesta de convenio con dos alternativas, la primera una quita del 60% y una espera de 5 años, y la segunda una quita del 50% y una espera de 6 años. No se pudo constituir la junta de acreedores dado que no comparecieron acreedores ordinarios que facilitaran el quórum de asistencia, dado que solo consta la presencia de un acreedor que apenas representa 9.510 euros. El proceso concluye, pues, con la liquidación del patrimonio de los deudores, es calificado de concurso fortuito, planteándose lo que acontece con los 58.692,02 euros pendientes de abonar, dado que se dan todos los presupuestos para la conclusión del concurso conforme a lo previsto en el art. 176.4 LC, en su redacción anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011, pues no existían más bienes liquidable y no eran posibles acciones de reintegración. Es de destacar que los acreedores insatisfechos no se opusieron a la conclusión del concurso.

las personas físicas, que se ven obligadas ex art. 5 LC a embarcarse en un procedimiento que no les va a permitir superar la situación de insolvencia⁴⁶³.

En el auto se desarrolla un razonamiento jurídico que conduce a la exoneración del pasivo restante del concurso. Para ello el auto se basa en tres aspectos fundamentales. El primero, el efecto del art. 178.2 LC avoca al deudor a solicitar inmediatamente nuevas declaraciones de concurso voluntario, pues se dan los requisitos para ello, deuda exigible y situación de insolvencia, a fin de evitar las ejecuciones singulares, concursos que, probablemente, llevarán aparejado el mismo resultado que el que se concluye⁴⁶⁴.

En segundo lugar la prolongación de la fase de liquidación, dados los exiguos ingresos que podrán realizarse atendiendo a los límites de las cantidades inembargables conduciría a una situación de concurso permanente, hasta la extenuación, o una liquidación prolongada que iría en contra de los criterios de la propia Ley Concursal, que establece como regla general en el art. 153.1 el plazo de un año para concluir las operaciones de liquidación.

Por último, debe interpretarse la norma de forma que permita que el concurso sirva para sus propios fines y permita superar la insolvencia del deudor y evitar la discriminación que comporta que la conclusión del concurso de la persona jurídica con pasivo insatisfecho suponga su extinción y, en consecuencia, la extinción de sus deudas, algo que no ocurre con la persona física. En virtud de esos razonamientos el auto concluye que debe darse una salida razonable a las situaciones de sobreendeudamiento de particulares de

⁴⁶³ Este auto ha sido comentado, entre otros por CUENA CASAS, M., "Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente (A propósito del Auto del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010)". Op. Cit. Pág. 289 y ss.; JIMÉNEZ PARÍS, T.: "El fresh start o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010". RCDI 2011, nº 729; GÓRRIZ LÓPEZ, C.: "La extinción de los créditos concursales no satisfechos durante el concurso (AJM 3 Barcelona 26.10.2010)" en ADCo. Aranzadi. Nº 26, 2012. Pág. 475 y ss.; RUBIO VICENTE, P.J.: "La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo: a propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas (asunto 671/2007-C 4, concurso sección 1ª)". RcP, La Ley nº 14/2011. Pág. 229 y ss.; RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.: "Comentario al auto del JM nº3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, que extingue deudas concursales de personas físicas". Aranzadi Doctrinal núm. 1/2011. BIB 2011/257, p. 7.

⁴⁶⁴ El Juez compara la situación del deudor con la del mítico Sísifo el rey de Éfira, obligado a empujar una piedra enorme cuesta arriba por una ladera empinada, sometido a la frustrante expectativa de que al alcanzarse la cima de la colina la piedra siempre rodaba hacia abajo, y Sísifo tenía que empezar de nuevo desde el principio (Odisea, XI. 593).

buena fe habilitando mecanismos que permitan conceder a estos deudores *una segunda oportunidad que no les aboque a situación de exclusión social*. Esta solución, según la propia resolución, conecta además con las observaciones que la Unión Europea hace sobre los problemas de sobreendeudamiento de los consumidores, el acceso al crédito responsable y el derecho a que el deudor de buena fe pueda recomponer su vida económica en términos similares a los que permiten otras legislaciones del entorno socio-económico español.

De este modo el auto ordena: *“la conclusión del procedimiento concursal por inexistencia de bienes o derechos realizables de los concursados, debiendo tener por extinguidas las deudas concursales que no hayan podido ser satisfechas con cargo a la masa activa del concurso. Sin perjuicio de las posibilidades de reapertura del concurso o una nueva declaración si aparecieran nuevos bienes o los deudores vinieran a mejor fortuna*.

Ordenando el levantamiento de los efectos de la declaración de concurso en las personas declaradas en tal situación y ordenando el cese del administrador concursal”.

En realidad el auto no exonera definitivamente de las deudas⁴⁶⁵, solo en tanto en cuanto se mantenga la situación actual, sería así una exoneración limitada y dirigida impedir nuevas ejecuciones singulares⁴⁶⁶. Probablemente, la solución no podía ir más allá y, en gran medida, se vio favorecida por el hecho de que ninguna de los acreedores se opuso, no sabemos cuál hubiera sido la solución si alguno de ellos lo hubiera hecho. No cabe duda de que se trata de una solución justa para un caso concreto, lo que plantea el problema de su

⁴⁶⁵ Para JIMÉNEZ PARÍS, T.: “El fresh start o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010”. Op. Cit. Pág. 530, se trataría una exoneración del pasivo pendiente condicional o provisional, no definitiva,

⁴⁶⁶ Para CUENA CASAS, M., “Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente (A propósito del Auto del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010)”. Op. Cit. Pág. 313 la solución a la que llega es intermedia y bastante discutible desde el punto de vista de la teoría general de la obligación, porque declara extinguidos los créditos pendientes y, sin embargo, permite una reapertura del concurso si los deudores vienen a mejor fortuna o aparecen nuevos bienes. No obstante, según esta autora La aportación de la resolución radica en evitar el ejercicio de las acciones derivadas de los créditos pendientes a pesar de existir bienes susceptibles de ejecución (en la línea del supuesto contemplado en el art. 152.2 LC) y de admitir la reapertura del concurso solo si aparecen nuevos bienes.

aplicación a otros casos, algo que a nuestro juicio no es posible, ya que no existe amparo legal alguno que excepcione la aplicación del art. 1911 CC⁴⁶⁷.

Por otra parte, consideramos que la solución a este problema no debe venir de la mano de soluciones judiciales concretas. El principio de seguridad jurídica que debe amparar tanto a acreedor, como al deudor, quienes debe contemplar un escenario previsible relativo a la satisfacción de sus créditos y al cumplimiento de sus obligaciones, no puede quedar al albur de una decisión judicial que exonere o no determinadas deudas. La solución, por tanto, ha de venir dada, como en definitiva así ha sido, por la Ley, abogando por una reforma legal que contemple estas situaciones y de una salida razonable a los supuestos de insolvencia del deudor honesto o de buena fe⁴⁶⁸.

En cualquier caso, la citada resolución judicial tuvo el mérito de afrontar directamente el problema y poner de manifiesto con toda su crudeza las contradicciones y carencias de nuestra legislación concursal en este ámbito, con argumentos que compartimos plenamente, por más que la solución no permita zanjar definitivamente la cuestión, ni aporte un argumento jurídico que diera una solución general a la conclusión del concurso de la persona física con pasivo insatisfecho y la subsistencia, para ese caso, del principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC⁴⁶⁹.

Si bien es cierto que el Ordenamiento Jurídico Español no contemplaba un instrumento de liberación de deudas semejante al de otros países de nuestro entorno, ello no implica que no contemple otros mecanismos de protección del deudor persona física o de su patrimonio, en orden a evitar que el apremio sobre sus bienes pueda condenar al deudor o a las personas que de él dependen a la indigencia o la exclusión social, como son la inembargabilidad

⁴⁶⁷ RUBIO VICENTE, P.J.: “La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo: a propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas (asunto 671/2007-C 4, concurso sección 1ª)”. Op. Cit. Pág. 231.

⁴⁶⁸ Ibídem. Pág. 240. Tesis compartida igualmente por GÓRRIZ LÓPEZ, C.: “La extinción de los créditos concursales no satisfechos durante el concurso (AJM 3 Barcelona 26.10.2010)”. Op. Cit. Pág. 486 y ss.

⁴⁶⁹ En la misma línea de esta resolución se encuentra el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona de 13 de febrero de 2013, dictado en el concurso 56/2011 y 57/2011, en el que con similares argumentos acuerda la exoneración, esta vez definitiva, de las deudas no satisfechas en la fase de liquidación.

de determinados bienes o la dación en pago en orden a la liberación de la deuda garantizada. Tampoco debe ignorarse la posibilidad de acudir a mecanismos extraconcursales de refinanciación o de reestructuración del pasivo.

7.- LA INEMBARGABILIDAD DE BIENES Y DERECHOS DEL DEUDOR COMO MEDIDA PROTECTORA DE SU PATRIMONIO Y GARANTIZADORA DE UN MÍNIMO DE SUBSISTENCIA

El embargo es una institución procesal o un acto del proceso de ejecución, en virtud del cual determinados bienes del deudor quedan afectos o adscritos a la actividad de apremio que ha de realizarse en el mismo proceso de ejecución del que forma parte el embargo⁴⁷⁰. Su función, por tanto, es esencialmente instrumental, dirigiéndose a trabar bienes o derechos del deudor en orden a asegurar el cumplimiento de una obligación derivada de un título ejecutivo, para el caso de que el obligado no la cumpla voluntariamente. El embargo se convierte así en un medio para garantizar el cumplimiento de la obligación que surge tras el nacimiento de la misma y en virtud, no de la voluntad de las partes, sino de la decisión de la autoridad judicial, vinculado a un proceso de ejecución.

El fundamento del embargo se encuentra en el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor consagrado en el art. 1911 CC⁴⁷¹. Ahora bien, ese principio de sujeción del patrimonio del deudor al cumplimiento de sus obligaciones no opera de modo absoluto ya que determinados bienes, los denominados bienes inembargables, no pueden quedar afectos a actividad de apremio alguna.

La Ley de Enjuiciamiento Civil no establece una caracterización de los bienes inembargables simplemente establece una relación descriptiva de los bienes y derechos que reúnen tal condición, lo que obliga a ir caso por caso para determinar si el bien es embargable o inembargable, por subsumirse en

⁴⁷⁰ CACHÓN CADENAS, M.: "El embargo". Barcelona, 1991. Pág. 29.

⁴⁷¹ MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A. Y BARONA VILAR, S.: "Derecho jurisdiccional II. Proceso Civil". Valencia, 2000. Pág. 584.

algunos de los supuestos legales de exclusión del bien de la posibilidad de traba⁴⁷². Tampoco existen unos principios de política jurídica únicos que fundamenten la sustracción del bien o derecho concreto a la posibilidad de traba. En ocasiones, la inembargabilidad viene determinada por la propia naturaleza inalienable del bien, ausencia de valor económico o contenido patrimonial. En otras, la inembargabilidad recae solo respecto de determinados bienes del concursado, que quedan inmunes ante cualquier agresión dirigida a la satisfacción de las deudas, en orden a garantizar, normalmente, un mínimo vital para el sustento del deudor y su familia en unas condiciones dignas. En estos supuestos la inembargabilidad aparece íntimamente relacionada con la dignidad de la persona consagrada como derecho fundamental en el art. 10.1 de la Constitución⁴⁷³.

En los arts. 605, 606 y 607 LECiv, se establecen los bienes que se consideran inembargables. El art. 605 determina los bienes absolutamente inembargables: *“No serán en absoluto embargables: 1º Los bienes que hayan sido declarados inalienables.*

2º Los derechos accesorios, que no sean alienables con independencia del principal.

3º Los bienes que carezcan, por sí solos, de contenido patrimonial.

4º Los bienes expresamente declarados inembargables por alguna disposición legal⁴⁷⁴ ”.

Dado que la finalidad esencial del embargo es asegurar la ulterior realización de los bienes mediante su transmisión y realización en dinero, la condición de inalienabilidad, su vinculación esencial a otro principal, o la ausencia de contenido patrimonial, como es el caso de los derechos de la persona, los derivados de las relaciones familiares, los derechos políticos,

⁴⁷² Como dice CACHÓN CADENAS, M.: “El embargo”. Op. Cit. Pág. 104. Las ideas de embargabilidad e inembargabilidad denotan la relación –positiva en el primer caso, negativa en el segundo- que mediaría entre una determinada cosa, por una parte, y la validez y la eficacia jurídicas del embargo, por la otra, en el supuesto de que aquella cosa se convirtiera en el objeto de la traba.

⁴⁷³ MARQUÉS VILALLONGA, J.M.: “La inembargabilidad de determinados bienes ¿Un fresh start en nuestro sistema concursal?”. En RcP. La Ley. Nº 15. Pág. 224.

⁴⁷⁴ Véanse arts. 23 LGP y 80 LRBRL

condiciona la inembargabilidad del bien, pues no podrían ser transmitidos o realizados dada su falta de valor económico. A ellos se suman aquellos que por decisión del legislador no tienen tal carácter a pesar de que serían susceptibles por sí mismo de realización y tener valor económico, como son los bienes titularidad de las administraciones públicas, los bienes afectos a un servicio público, los de instituciones de beneficencia, los del Patrimonio Nacional o las cuotas sindicales.

De otro lado, el art. 606 de la LECiv. enumera los bienes inembargables del ejecutado disponiendo que: *“Son también inembargables:*

1º El mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del Tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia.

2º Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada.

3º Los bienes sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas.

4º Las cantidades expresamente declaradas inembargables por Ley.

5º Los bienes y cantidades declarados inembargables por Tratados ratificados por España”.

Los principios de política jurídica en los que se fundamenta la inembargabilidad de este grupo se sitúa, por un lado, en relación al mobiliario, menaje, ropas y otros enseres, en la razonable dignidad no sólo del ejecutado sino también de las personas que dependen de él. El grado de indeterminación que se predica de su lectura quedaría limitado porque únicamente pueden ser declarados inembargables aquellos que no puedan considerarse superfluos y que resulten imprescindibles. Por otro, en no privar al deudor de la capacidad para obtener recursos económicos con su propio trabajo. Precisamente,

gracias a esa actividad económica evitará su exclusión social y podrá obtener recursos económicos con los que atender a su subsistencia y al cumplimiento de sus obligaciones⁴⁷⁵. Junto a estos bienes el precepto se refiere a los bienes sacros, a los bienes y cantidades declarados inembargables por los Tratados ratificados por España y las cantidades expresamente declaradas inembargables por Ley. Entre estas últimas tienen especial importancia para las persona físicas las cantidades derivadas de sueldos y pensiones que se regulan en el art. 607.

Dispone el art. 607 que: *“1. Es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional⁴⁷⁶.”*

2. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional se embargarán conforme a esta escala:

1º Para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional, el 30 por 100.

2º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un tercer salario mínimo interprofesional, el 50 por 100.

3º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un cuarto salario mínimo interprofesional, el 60 por 100.

4º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un quinto salario mínimo interprofesional, el 75 por 100.

5º Para cualquier cantidad que exceda de la anterior cuantía, el 90 por 100.

3. Si el ejecutado es beneficiario de más de una percepción, se acumularán todas ellas para deducir una sola vez la parte inembargable.

⁴⁷⁵ MARQUÉS VILALLONGA, J.M.: “La inembargabilidad de determinados bienes ¿Un fresh start en nuestro sistema concursal?”. Op. Cit. Pág. 227 y ss.

⁴⁷⁶ Véanse RD 1717/2012 de 28 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2013 en 645,30 euros/mes y art. 1 RDL 8/2011 de 1 julio, por el que se incrementa la cantidad inembargable para los deudores hipotecarios

Igualmente serán acumulables los salarios, sueldos y pensiones, retribuciones o equivalentes de los cónyuges cuando el régimen económico que les rija no sea el de separación de bienes y rentas de toda clase, circunstancia que habrán de acreditar al Tribunal.

4. En atención a las cargas familiares del ejecutado, el Tribunal podrá aplicar una rebaja de entre un 10 a un 15 por 100 en los porcentajes establecidos en los números 1º, 2º, 3º y 4º del apartado 2 del presente artículo .

5. Si los salarios, sueldos, pensiones o retribuciones estuvieron gravados con descuentos permanentes o transitorios de carácter público, en razón de la legislación fiscal, tributaria o de Seguridad Social, la cantidad líquida que percibiera el ejecutado, deducidos éstos, será la que sirva de tipo para regular el embargo.

6. Los anteriores apartados de este artículo serán de aplicación a los ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas.

7. Las cantidades embargadas de conformidad con lo previsto en este precepto podrán ser entregadas directamente a la parte ejecutante, en la cuenta que ésta designe previamente, si así lo acuerda el Secretario judicial encargado de la ejecución.

En este caso, tanto la persona o entidad que practique la retención y su posterior entrega como el ejecutante, deberán informar trimestralmente al Secretario judicial sobre las sumas remitidas y recibidas, respectivamente, quedando a salvo en todo caso las alegaciones que el ejecutado pueda formular, ya sea porque considere que la deuda se halla abonada totalmente y en consecuencia debe dejarse sin efecto la traba, o porque las retenciones o entregas no se estuvieran realizando conforme a lo acordado por el Secretario judicial.

Contra la resolución del Secretario judicial acordando tal entrega directa cabrá recurso directo de revisión ante el Tribunal”.

El artículo 607 LECiv tiene por finalidad reservar para el deudor y las personas que de él dependen una serie de percepciones económicas que se

consideran necesarias para garantizar un mínimo para la subsistencia atribuyéndole el carácter de inembargable. Dichas cantidades son las que se corresponden al primer tramo del salario mínimo interprofesional, en su integridad, siendo así mismo inembargables en los porcentajes que señala el precepto las cantidades que lo superen.

En los supuestos en que el ejecutado sea beneficiario de más de una percepción, y en los casos de los cónyuges no acogidos al régimen de separación de bienes y rentas de toda clase, las rentas se acumularán. Esta acumulación supone una discriminación para los deudores cuyo régimen matrimonial no es el de separación de bienes ya que no podrán beneficiarse por partida doble de los tramos más bajos de la escala⁴⁷⁷. En los supuestos en que el concursado tenga cargas familiares podrá aplicarse una rebaja de entre un 10% a un 15%, lo que implicará que el porcentaje inembargable pueda verse ampliado⁴⁷⁸.

El embargo se aplica a las cantidades realmente percibidas, es decir, sobre las cantidades netas ya que, tal y como dispone el artículo 607.5 LECiv, el tipo de embargo únicamente se aplicará sobre las percepciones económicas netas, deducidos los descuentos permanentes o transitorios de carácter público, en razón de la legislación fiscal, tributaria o de Seguridad Social.

⁴⁷⁷ En este sentido MARQUÉS VILALLONGA, J.M.: “La inembargabilidad de determinados bienes ¿Un fresh start en nuestro sistema concursal?”. Op. Cit. Pág. 228.

⁴⁷⁸ El artículo 1 del RDL 8/2011 de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa regula la inembargabilidad de ingresos mínimos familiares, cuando se ejecute la vivienda familiar y dispone: “En el caso de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda, la cantidad inembargable establecida en el artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se incrementará en un 50 por ciento y además en otro 30 por ciento del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional. A estos efectos, se entiende por núcleo familiar, el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional y, en su caso, a las cuantías que resulten de aplicar la regla para la protección del núcleo familiar prevista en el apartado anterior, se embargarán conforme a la escala prevista en el artículo 607.2 de la misma ley”.

No obstante, la inembargabilidad de la parte proporcional de sueldos o pensiones del ejecutado tiene un límite, fijado en el art. 608 LECiv, relativo a la ejecución por condena a prestación alimenticia, en virtud del cual: *“Lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación cuando se proceda por ejecución de sentencia que condene al pago de alimentos, en todos los casos en que la obligación de satisfacerlos nazca directamente de la Ley, incluyendo los pronunciamientos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación o divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge o a los hijos. En estos casos, así como en los de las medidas cautelares correspondientes, el Tribunal fijará la cantidad que puede ser embargada”*.

El carácter asistencial de la deuda a la que debe hacer frente el ejecutado justifica que no operen los límites establecidos en el art. 607, fijando discrecionalmente el Juez que conoce de la ejecución la cantidad que debe ser embargada.

El efecto del quebrantamiento de las normas sobre inembargabilidad de determinados bienes o derechos es la nulidad tal y como establece el art. 609 LECiv, que dispone que: *“El embargo trabado sobre bienes inembargables será nulo de pleno derecho*.

El ejecutado podrá denunciar esta nulidad ante el Tribunal mediante los recursos ordinarios o por simple comparecencia ante el Tribunal si no se hubiera personado en la ejecución ni deseara hacerlo, resolviendo el Tribunal sobre la nulidad denunciada”.

La institución del embargo opera fundamentalmente, como hemos visto, en el ámbito de la ejecución singular. Sin embargo no deja de tener relevancia en el ámbito concursal ya que es relevante en orden a la determinación de la masa activa del concurso.

En efecto, dado que la finalidad primaria del concurso de acreedores es satisfacer los créditos de los acreedores en caso de insolvencia del deudor, el patrimonio del concursado adquiere una relevancia especial, pues sobre éste se perseguirá cumplir ese objetivo. Es por ello que la Ley Concursal se ocupa de regular la composición de ese patrimonio y de establecer una serie de

medidas tendentes a garantizar la integridad del mismo durante la tramitación del procedimiento concursal, mediante las limitaciones de las facultades de administración o disposición sobre el patrimonio del deudor.

Podemos entender por patrimonio del concursado, el conjunto de bienes, derechos y acciones que le pertenecen. Sin embargo, desde la perspectiva del concurso interesa el concepto de masa activa, que es más restrictivo ya que según el art. 76 de la Ley Concursal: *“1 Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento. 2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables”*. Por tanto, solo se integran en la masa activa los bienes y derechos del deudor con contenido patrimonial que no sean inembargables y ello por las mismas razones que se han explicado anteriormente en relación a la ejecución singular: O bien porque los bienes son inalienables o carecen de valor económico; o bien porque la ley los excluye de la posibilidad de ser embargados; o por encontrarse destinados a cubrir determinadas necesidades del deudor.

Precisamente, en conexión con la inembargabilidad de determinados bienes del patrimonio y la exigencia de subvenir en el seno del concurso a las necesidades asistenciales del deudor, se encuentra regulado en el art. 47 LC en modo específico y exclusivo del concurso de la persona física, el derecho de alimentos del deudor concursado⁴⁷⁹. Dispone el citado precepto que: *“1. El*

⁴⁷⁹ El derecho de alimentos en el concursado aparecía deficientemente regulado en la redacción originaria de la Ley Concursal. La reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011 ha incidido sensiblemente en este ámbito y ha mejorado su regulación. Sobre este tema me ocupe en detalle en: SANTANA PÁEZ E. y SENENT MARTÍNEZ, S.: “Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso”, en ADCo. Aranzadi. Nº 12, 2007. Pág. 167 y ss. Más recientemente en SENENT MARTÍNEZ, S.: “El concurso de la persona física”, en Tratado Judicial de la Insolvencia, PRENDES CARRIL, P. y MUÑOZ PAREDES, A. Directores. Cizur Menor 2012. Tomo I. Pág. 735 y ss. También se han ocupado de este tema, entre otros, BERROCAL LANZAROT, A.I.: “Crisis matrimonial y concurso” en Familia y Concurso de acreedores, CUENA CASAS, M. coord. Thomson Civitas. Cizur Menor, 2010. Pág. 319 y ss.; CUENA CASAS, M.: “El derecho de alimentos en el concurso de acreedores”. ADCo. Aranzadi. Nº 20, 2010. Pág. 65 y ss.; CUENA CASAS, M. y MAS-GUINDAL, J.: “Familia y concurso de acreedores”, en Tratado de Derecho de Familia, YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M. directores. Vol. IV. Cizur Menor, 2011. Pág. 587 y ss.; DÍAZ ALABART, S.: “Los alimentos del deudor en el concurso”, en Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar, CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIIVILLA, J.L., coordinadores. Cizur Menor 2009. Pág. 259

concurrido persona natural que se encuentre en estado de necesidad tendrá derecho a percibir alimentos durante la tramitación del concurso, con cargo a la masa activa, siempre que en ella existan bienes bastantes para atender sus necesidades y las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 y descendientes bajo su potestad.

Su cuantía y periodicidad serán, en caso de intervención, las que acuerde la administración concursal y, en caso de suspensión, las que autorice el juez, oídos el concursado y la administración concursal. En este último caso, el juez, con audiencia del concursado o de la administración concursal y previa solicitud de cualquiera de ellas, podrá modificar la cuantía y la periodicidad de los alimentos.

2. Las personas respecto de las cuales el concursado tuviere deber legal de alimentos, con excepción de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 y descendientes bajo su potestad, sólo podrán obtenerlos con cargo a la masa si no pudieren percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos y siempre que hubieran ejercido la acción de reclamación en el plazo de un año a contar desde el momento en que debió percibirse, previa autorización del juez del concurso, que resolverá sobre su procedencia y cuantía. La obligación de prestar alimentos impuestos al concursado por resolución judicial dictada con anterioridad a la declaración de concurso se satisfará con cargo a la masa activa en la cuantía fijada por el juez de concurso, teniendo en cuanto al exceso la consideración de crédito concursal ordinario”.

Se contemplan, por tanto, en el apartado 1º del art. 47 LC los alimentos del deudor concursado y las personas que de él dependen: cónyuge, pareja de hecho inscrita con los requisitos del art. 25.3 LC y descendientes bajo su potestad; abordándose en el apartado 2º del referido precepto el derecho de las personas respecto de las cuales el concursado tuviere deber legal de alimentos, distinguiéndose dos supuestos: de un lado el de las personas que

y ss.; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: “Repercusiones de la declaración de concurso en la prestación civil de alimentos”, en Familia y Concurso de acreedores, CUENA CASAS, M. coord. Thomson Civitas. Cizur Menor, 2010. Pág. 467 y ss.

no pudieren percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos y siempre que hubieran ejercido la acción de reclamación en el plazo de un año a contar desde el momento en que debió percibirse y que podrán obtenerlos previa autorización del Juez del concurso; de otro los que han visto reconocido tal derecho por resolución judicial dictada con anterioridad a la declaración de concurso.

Esta regulación debe ser completada con lo establecido en el art. 84.2.4 LC que atribuye a dichos créditos la naturaleza de créditos contra la masa al disponer que tendrán tal carácter: *“Los de alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos, conforme a lo dispuesto en esta ley sobre su procedencia y cuantía así como, en toda la extensión que se fije en la correspondiente resolución judicial posterior a la declaración del concurso, los de los alimentos a cargo del concursado acordados por el juez de primera instancia en alguno de los procesos a que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

Tendrán también esta consideración los créditos de este tipo devengados con posterioridad a la declaración del concurso cuando tengan su origen en una resolución judicial dictada con anterioridad”.

Este derecho se encuentra especialmente protegido, puesto que no es susceptible de ser afectado por la postergación prevista en el apartado 3º del art. 84 LC, rigiendo, en todo caso, para estos créditos el vencimiento como criterio de pago.

Dado que los bienes inembargables no forman parte de la masa activa y que, en consecuencia, no se liquidan, es por lo que el derecho de alimentos se extingue al abrirse la fase de liquidación, pues se presume que los bienes inembargables deben ser suficientes para atender sus necesidades, salvo que la situación del concursado y de las personas que de él dependen justifique su mantenimiento en los términos del art. 145.2 LC al disponer que: *“Si el concursado fuese persona natural, la apertura de la liquidación producirá la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa, salvo cuando fuere imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado y*

las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 y descendientes bajo su potestad”.

No cabe duda que un sistema generoso en relación a la inembargabilidad de bienes y derechos del deudor permite en nuestro Derecho al deudor restablecer su patrimonio en unos niveles de renta razonables y superar su insolvencia y concurso con una cierta dignidad y esperanza⁴⁸⁰.

Ahora bien, el instituto de la inembargabilidad no debe confundirse con la institución de la exoneración del pasivo insatisfecho o “*debt discharge*”. La inembargabilidad tiende a proteger una parte del patrimonio del deudor frente a reclamaciones presentes o futuras de los acreedores, asegurándole el mínimo indispensable para subsistir en unas condiciones dignas. La exoneración o liberación de deudas extingue la deuda preexistente, de tal modo que no puede ejercitarse acción alguna sobre el patrimonio del deudor, con independencia de que sea embargable o inembargable o, incluso, aunque mejore de fortuna.

Cuando el art. 178.2 LC, en su redacción anterior a la Ley 14/2013 establecía que: *“En los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso”*. Estaba indicando claramente que no existía ningún mecanismo de exoneración de deudas. La inembargabilidad paliaba, en alguna medida, los efectos del ejercicio de las acciones individuales, sobre un patrimonio, en muchos casos escaso y servirá para proteger al deudor y su familia, evitando que caigan en situación de indigencia. En muchos casos la composición del patrimonio del deudor, integrado por bienes de escaso valor o ingresos de poca cuantía, determinará que la ejecución singular sea ineficaz en orden al cobro efectivo de las deudas subsistentes, erigiéndose la inembargabilidad de los

⁴⁸⁰ Así lo entiende MARQUÉS VILALLONGA, J.M.: “La inembargabilidad de determinados bienes ¿Un fresh start en nuestro sistema concursal?”. Op. Cit. Pág. 231. En cualquier caso nuestro sistema de inembargabilidad dista mucho en cuanto a su extensión del concepto de “patrimonio familiar inembargable”, institución que tiene como objetivo la protección del hogar familiar frente a pretensiones de los acreedores y que se ha desarrollado, sobre todo, en las legislaciones hispanoamericanas. A este respecto puede verse ÁLVAREZ VEGA, M.I., “La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente”. Op. Cit. Pág. 545 y FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I.: “Una propuesta sobre patrimonio familiar inembargable”. ADCo. Aranzadi nº 6. Pág. 207.

bienes como una barrera inexpugnable de defensa del patrimonio del deudor. Sin embargo, la deuda permanecía y un cambio de circunstancias podría llevar aparejado que el deudor debiera hacer frente a la misma con los ingresos que superen los límites inembargables. Este hecho, probablemente, pesaba en la mente del deudor, desmotivándole en relación al inicio de actividades económicas que le generen mayores ingresos y un nivel más desahogado de vida, pues era consciente de que esos ingresos no van a servir para mejorar su situación, sino para saldar antiguas deudas.

En este ámbito de la inembargabilidad de determinados bienes podríamos incluir la figura del empresario individual de responsabilidad limitada. Esta figura aparece en la 12ª Directiva Comunitaria en materia de sociedades relativa a la sociedad de capital unipersonal que permite, en su art. 7, que los Estados miembros introduzcan, en lugar o además de la Sociedad de responsabilidad limitada unipersonal, la figura del empresario individual con limitación de la responsabilidad, que se regula por primera vez en nuestro derecho en la ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. A través de ella el emprendedor individual, cualquiera que sea el género de su actividad, incluidos los artistas, artesanos, empresarios agropecuarios o los profesionales, podrán limitar su responsabilidad por las deudas que traigan causa del ejercicio de dicha actividad empresarial o profesional si actuaren en el tráfico bajo la forma de *“Emprendedor de Responsabilidad Limitada”*. Esta institución, ya contemplada con anterioridad, en tanto en cuanto la persona física podía optar por tipos societarios unipersonales de responsabilidad limitada en el desarrollo de su actividad empresarial (SA y SRL), constituye una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC, mediante la cual el Emprendedor de Responsabilidad Limitada podrá obtener que su responsabilidad y la acción del acreedor, que tenga origen en las deudas empresariales o profesionales, no alcance a los bienes no sujetos que se determinen y siempre que dicha no vinculación se publique en la forma establecida en esta Ley. En la inscripción del emprendedor en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio se indicarán aquellos bienes excluidos pudiendo recaer tal condición en la vivienda habitual del deudor siempre que no

esté afecta a la actividad empresarial o profesional y que su valor no supere los 300.000 euros, valorada conforme a lo dispuesto en la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil, en el caso de viviendas situadas en población de más de 1.000.000 de habitantes se aplicará un coeficiente del 1,5 al valor indicado.

No podrá beneficiarse de la limitación de responsabilidad el deudor que hubiera actuado con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, siempre que así constare acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable.

En cualquier caso, para su oponibilidad a terceros, la no sujeción del bien inmueble a las resultas del tráfico empresarial o profesional deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad en que aquél estuviere inmatriculado y en la hoja abierta al bien.

Entre las ventajas de esta figura se han destacado las siguientes⁴⁸¹:

Las empresas explotadas por empresarios individuales, en su gran mayoría pequeñas y medianas casan mal con la mayor complejidad de la actividad de gestión propias de las formas societarias anónima o limitada, únicos instrumentos que permiten actualmente la limitación de la responsabilidad de todos sus socios y por tanto la disociación entre el patrimonio personal y el patrimonio del nuevo sujeto de derecho que se crea.

La limitación contribuiría a la creación y supervivencia de la pequeña empresa. En efecto, la posibilidad de no comprometer todo el patrimonio y poder poner a salvo parte del mismo puede ser un acicate para los nuevos emprendedores. Si a ello se le une una mayor flexibilidad en la gestión que la que permite la administración de la sociedad unipersonal, el número de emprendedores podría aumentar considerablemente, máxime en momentos de crisis como los actuales. Así pues, la nueva figura sería un factor importante

⁴⁸¹ Seguimos en este punto a GONZÁLEZ CABRERA, I. y ESTUPIÑAN CÁCERES, R., en "La figura del empresario individual de responsabilidad limitada. Al hilo de una proposición de ley de mayo de 2008". RdS. Aranzadi nº. 32/2009 1. Pág. 341 y ss.

tanto para la promoción de nuevas empresas como para coadyuvar a su permanencia en el mercado.

La posibilidad de una limitación razonable de la responsabilidad personal afectando sólo una parte de su patrimonio o, desafectando otra en su caso, supone también un estímulo al espíritu de empresa.

La separación entre el patrimonio empresarial y el personal permite una mejor gestión contable y financiera de ambos, y evitará la confusión entre los distintos patrimonios, esto es, entre la caja de la empresa y la cartera del titular de la misma.

Además, esta división entre dos patrimonios gestionados por la misma persona de forma separada contribuye a la conservación de la propia empresa, frenando su posible desinversión en épocas cercanas a la jubilación del empresario.

Puede ser una forma de favorecer la conservación de la empresa tras la muerte del empresario, a su transmisión por actos inter-vivos, a su modificación, e incluso, a la constitución de derechos reales sobre la misma.

Ya desde un punto de vista más general, no se puede desconocer que el reconocimiento de cierta limitación en la responsabilidad del empresario individual puede ayudar a aumentar el volumen y la estabilidad en el empleo, pues no cabe olvidar el importante papel que juega el pequeño empresario en la creación y sostenimiento de puestos de trabajo, así como su importancia cuantitativa en el sector empresarial español.

Confiere una seguridad mínima al empresario y confianza en el desenvolvimiento de la actividad.

Todo ello contribuye a disponer de un sistema más transparente, más flexible y sencillo de explotación de la actividad mercantil, que contaría con la garantía de la publicidad legal, con una contabilidad reglada o cualquier otro requisito que el legislador considerara oportuno incluir a estos efectos.

Además, favorece la expansión de la empresa y su diversificación.

Por el contrario, entre las desventajas se destaca⁴⁸²:

La oposición de la limitación de la responsabilidad del empresario con los principios de unidad e indivisibilidad del patrimonio de una persona física y con el de responsabilidad universal.

El reconocimiento de una limitación de responsabilidad coloca al empresario en una situación más complicada para obtener créditos, bien sea de las propias entidades bancarias, bien de otros empresarios o proveedores más fuertes. Éstos siempre estarán en disposición de exigir garantías suplementarias que harán inútil la limitación reconocida, toda vez que vía convencional se renunciaría a ella.

Las reticencias, hoy superadas a la idea de que el empresario individual pueda gestionar su empresa sin consensuar decisiones con otros no asumiendo la responsabilidad absoluta por sus actos, o lo que es lo mismo, la correlación entre gestión y responsabilidad.

Las reservas a seguir desplazando los riesgos a los acreedores, porque contribuiría a rebajar el nivel ético de los negocios

Por último, se añade que la nueva forma sería inútil porque sus funciones ya se cumplen por la sociedad unipersonal.

8.- SOBREENDEUDAMIENTO HIPOTECARIO, DACIÓN EN PAGO Y LIBERACIÓN DE DEUDA GARANTIZADA

Uno de las deudas más importantes a la que deben hacer frente los deudores personas físicas en España es, normalmente, la derivada de la adquisición de su vivienda, normalmente garantizada con hipoteca. La consecuencia de la ejecución de la garantía en caso de impago de la deuda, regulada en los arts. 681 a 698 LECiv, es la realización del bien y, en muchos casos, el lanzamiento de sus ocupantes, que se ven privados de un bien

⁴⁸² Ibídem.

esencial al que todos tienen derecho de conformidad con lo establecido en el art. 47 CE⁴⁸³.

Los problemas de la ejecución hipotecaria de la vivienda pueden darse tanto en un escenario concursal como extraconcursal, debiéndose recordar que en el ámbito del concurso la paralización de ejecuciones hipotecarias a que se refiere el art. 56 LC solo es posible en el caso de que el inmueble esté afecto al ejercicio de una actividad económica, empresarial o profesional, lo que agrava la situación de las familias que asisten a la realización de su vivienda, solo aliviada, tras la reforma operada por la Ley 38/2011, por la nueva redacción del art. 56.2 LC que establece que: *“Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Sólo se alzará la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”*. Ello comporta, de facto, una paralización de toda ejecución de garantía real, se trate o no de bien afecto a una actividad económica, hasta que el juez del concurso se pronuncie sobre su carácter afecto o no.

A la realización del bien y la eventual pérdida de la vivienda se une un efecto adicional que es la responsabilidad personal del deudor respecto de la parte de la deuda no satisfecha con el valor del bien hipotecado. En efecto, tal y como establece el art. 579 LECiv. 579 de la LEC, si subastados los bienes hipotecados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante

⁴⁸³ Como afirma PULGAR EZQUERRA, J., en “La protección contractual del sobreendeudamiento del consumidor”, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, nº 53, Tomo L III. Pág. 385 y ss., la deuda hipotecaria en nuestro sistema en ocasiones supone el 60% de la renta disponible y aun cuando la tasa de morosidad de las familias en el segmento hipotecario es sustancialmente inferior a la media, situándose en 2012 ligeramente por encima del 3,1%, frente al 7,5% de préstamos para otros fines, lo cierto es que hasta el momento, como se ha adelantado, ya se han producido 32.490 ejecuciones hipotecarias en las que un importante número de personas han perdido su vivienda habitual, “aligerando” la situación el hecho de que los sectores con más amplia tasa de paro (40% de los jóvenes) tienen un escaso peso en la cartera hipotecaria viva. A este respecto Vid. Estadísticas del Banco de España en <http://www.bde.es>.

podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución, si bien con las limitaciones a las que luego nos referiremos, lo que se vincula a la responsabilidad patrimonial universal del deudor consagrada en el art. 1911 CC. Este efecto se agrava en el escenario de crisis económica en el que nos encontramos, motivada, en buena medida, por la burbuja inmobiliaria y que ha conllevado un descenso importante de los precios de las viviendas, lo que motiva que, en caso de ejecución hipotecaria, el precio de adjudicación del bien no alcance para cubrir la deuda principal que subsiste por la diferencia. Esta situación ha sido muy criticada, ya que a toda constitución de garantía hipotecaria debe preceder una tasación del bien, tasación que encarga el banco, normalmente, a una empresa tasadora vinculada y cuyo coste repercute al deudor hipotecario, que nada puede alegar al respecto, limitándose a dar por buena la tasación del banco. Si a ello unimos que los bancos han concedido préstamos por valores del 100% del valor del bien o incluso superiores, será frecuente que el precio que se obtenga por el bien no cubra la totalidad de la deuda.

La dación en pago que en ocasiones se ofrece para paliar esa situación, consiste en que la realización del bien o su entrega a la entidad de crédito extinga completamente la deuda. La dación en pago ya se contempla en el art. 140 de la LH que dispone que: *“No obstante lo dispuesto en el art. 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente sobre los bienes hipotecados. En este caso la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor. Cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte de crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en el art. 121”*.

No obstante, esta limitación de responsabilidad exige pacto expreso, lo que reconduce el supuesto al ámbito del derecho de obligaciones,

suscitándose si puede imponerse esa limitación de responsabilidad derivada de la dación en pago, aún cuando no exista pacto al respecto.

Nuestro Ordenamiento jurídico, salvo lo que deriva de la limitada aplicación del RDL 6/2012 de 9 de marzo al que luego nos referiremos, no contempla esa posibilidad. No obstante, la injusticia que subyace a la situación generada para muchas familias que ven como pierden un bien esencial y aún tienen que hacer frente con sus escasos recursos a una cuantiosa deuda ha dado lugar a algunas resoluciones judiciales en las que se ha reconocido de modo particular tal posibilidad⁴⁸⁴.

Para paliar en alguna medida esta situación y dar una respuesta a las personas que se encuentran en el denominado umbral de exclusión se aprobó el RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, modificado recientemente por Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social⁴⁸⁵.

Según la Exposición de Motivos de la citada norma: *“A tal fin, se establecen en este real decreto-ley diversos mecanismos conducentes a*

⁴⁸⁴ Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010 alude a la contradicción entre la existencia de una tasación efectuada por el banco y que sirve de base, no solo a la constitución de la hipoteca, sino al propio proceso de ejecución y el resultado de la subasta sea insuficiente para cubrir la deuda, así como a la mala praxis financiera como determinante de la crisis económica mundial. Un comentario de esta resolución puede verse en HUALDE, I., “El problema de la vivienda habitual en el concurso del consumidor”. ADCo, Aranzadi, nº 25/2012. Pág. 194 y ss. Por su parte la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 16 de septiembre de 2011 afirma que la tesis del banco supondría para ella un enriquecimiento injusto ya que después de haber cobrado lo adeudado podría, sin justa causa, obtener otras cantidades que no le corresponderían y que buscarían su amparo en una interpretación formalista de la norma citada que, ya ha quedado dicho, olvidaría el hecho de que el acreedor sí que ve satisfecho su crédito con el producto de la subasta que, en el caso concreto, es el derivado de ingresar en su patrimonio un bien valorado por las partes en una suma superior a la adeudada.

⁴⁸⁵ El problema también ha sido abordado en el ámbito judicial. Así, el 8 de mayo de 2013 se celebraron unas jornadas organizadas por el CGPJ a la que acudieron magistrados de lo Mercantil, de Primera instancia, de Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo, en las que se analizó la incidencia en este ámbito de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de fecha 14 de marzo de 2011, a la que posteriormente aludiremos. Las conclusiones del encuentro pueden consultarse en http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder_Judicial/Tribunales_Superiores_de_Justicia/TSJ_Co_munidad_Valenciana/Sala_de_prensa/Documentos_de_Interes/Conclusiones_de_la_Jornada_sobre_las_repercusiones_de_la_doctrina_del_TJUE_en_materia_de_clausulas_abusivas_en_ejecuciones_hipotecarias

permitir la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como la flexibilización de la ejecución de la garantía real. Estas medidas se implementan, no obstante, sin deteriorar los elementos fundamentales de la garantía hipotecaria, sobre cuya seguridad y solvencia se viene asentando históricamente nuestro sistema hipotecario. La mayoría de las medidas serán de aplicación a quienes se encuentren situados en el denominado umbral de exclusión. En este sentido, se ha determinado que los beneficiarios sean personas que se encuentren en situación profesional y patrimonial que les impida hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones hipotecarias y a las elementales necesidades de subsistencia”.

El modelo de protección establecido por el RDL 6/2012 gira en torno a la elaboración de un código de buenas prácticas al que, voluntariamente, podrán adherirse las entidades de crédito y demás entidades que, de manera profesional, realizan la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios, y cuyo seguimiento será supervisado por una comisión de control integrada por representantes del Ministerio de Economía y Competitividad, Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, un juez designado por el CGPJ, un secretario judicial designado por el Ministerio de Justicia, un notario designado por Consejo General del Notariado, Instituto Nacional de Estadística, la Asociación Hipotecaria Española, el Consejo de Consumidores y Usuarios y dos representantes de asociaciones no gubernamentales que determinará el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, que realicen labores de acogida. Si bien el carácter voluntario de la adhesión por parte del acreedor hipotecario podría limitar el impacto de las medidas en el establecidas, es de presumir que la mayoría, sino la totalidad de las entidades se adherirán a dicho código de buenas prácticas dado el coste ético mediático que conllevaría la no adhesión⁴⁸⁶.

⁴⁸⁶ Así lo entiende PULGAR EZQUERRA, J.: “Preconcurso y acuerdos de refinanciación”. Op. Cit. Pág. 293. Precisamente, la presión social puede compeler a la asunción de esas buenas prácticas. Sobre esta posibilidad puede verse a REIFNER, U.: “Thou shall pay thy debts. Personal bankruptcy law and inclusive contract law”. Op. Cit. Pág. 194 y ss.

Solo se aplica a aquellos deudores que se encuentren en el ámbito del umbral de exclusión que se define en el art. 3 del RDL en virtud del cual se encuentran en tal situación aquellos deudores de crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre la vivienda habitual cuando concurren todas las circunstancias siguientes: *“a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar.*

El límite previsto en el párrafo anterior será de cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples en caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, o de cinco veces dicho indicador, en el caso de que un deudor hipotecario sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral.

b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

A estos efectos se entenderá que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5; salvo que la entidad acredite que la carga hipotecaria en el momento de la concesión del préstamo era igual o superior a la carga

hipotecaria en el momento de la solicitud de la aplicación del Código de Buenas Prácticas.

Asimismo, se entiende que se encuentran en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad:

1.º La familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.

2.º La unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.

3.º La unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite de forma permanente, de forma acreditada, para realizar una actividad laboral.

4.º La unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.

c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Dicho porcentaje será del 40 por cien cuando alguno de dichos miembros sea una persona en la que concurren las circunstancias previstas en el segundo párrafo del apartado a).

A efectos de las letras a) y b) anteriores, se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

2. Para la aplicación de las medidas complementarias y sustitutivas de la ejecución hipotecaria a que se refieren los apartados 2 y 3 del Anexo, será además preciso que se cumplan los siguientes requisitos.

a) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.

b) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor o deudores y concedido para la adquisición de la misma.

c) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que carezca de otros

bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.

d) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores.

3. La concurrencia de las circunstancias a que se refiere el apartado 1 se acreditará por el deudor ante la entidad acreedora mediante la presentación de los siguientes documentos:

a) Percepción de ingresos por los miembros de la unidad familiar:

1.º Certificado de rentas, y en su caso, certificado relativo a la presentación del Impuesto de Patrimonio, expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria o el órgano competente de la Comunidad Autónoma, en su caso, con relación a los últimos cuatro ejercicios tributarios.

2.º Últimas tres nóminas percibidas.

3.º Certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo.

4.º Certificado acreditativo de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas y las entidades locales.

5.º En caso de trabajador por cuenta propia, si estuviera percibiendo la prestación por cese de actividad, el certificado expedido por el órgano gestor en el que figure la cuantía mensual percibida.

b) Número de personas que habitan la vivienda:

1.º Libro de familia o documento acreditativo de la inscripción como pareja de hecho.

2.º Certificado de empadronamiento relativo a las personas empadronadas en la vivienda, con referencia al momento de la presentación de los documentos acreditativos y a los seis meses anteriores.

3.º Declaración de discapacidad, de dependencia o de incapacidad permanente para realizar una actividad laboral.

c) Titularidad de los bienes:

1.º *Certificados de titularidades expedidos por el Registro de la Propiedad en relación con cada uno de los miembros de la unidad familiar.*

2.º *Escrituras de compraventa de la vivienda y de constitución de la garantía hipotecaria y otros documentos justificativos, en su caso, del resto de las garantías reales o personales constituidas, si las hubiere.*

d) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situados en el umbral de exclusión según el modelo aprobado por la comisión constituida para el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas”.

Además, según el art. 5.2 del RDL 6/2012 el código de buenas prácticas solo será de aplicación a: *“las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no hubiese excedido de los siguientes valores:*

a) para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 250.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 50.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres;

b) para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 225.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 45.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres;

c) para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 187.500 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 37.500 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres;

d) para municipios de hasta 100.000 habitantes: 150.000 euros para viviendas habitadas por una o dos personas, ampliándose dicho valor en 30.000 euros adicionales por cada persona a cargo, hasta un máximo de tres.

A efectos de lo anterior se tendrán en cuenta las últimas cifras de población resultantes de la revisión del Padrón Municipal. Asimismo se entenderán por personas a cargo, los descendientes y ascendientes y los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar que habiten en la misma vivienda y que dependan económicamente del deudor por percibir rentas inferiores al salario mínimo interprofesional.

No obstante, solo podrán acogerse a las medidas previstas en el apartado 3 del Código las hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos concedidos para la compraventa de viviendas cuyo precio de adquisición no hubiese excedido de los siguientes valores:

- a) para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 200.000 euros;*
- b) para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 180.000 euros;*
- c) para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 150.000 euros;*
- d) para municipios de hasta 100.000 habitantes: 120.000 euros”.*

Del ámbito de aplicación de la norma se deduce su muy limitada aplicación, ya que el conjunto cumulativo de requisitos hará que se aplique en pocos supuestos. Ciertamente, la reforma llevada a cabo por Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social ha ampliado el ámbito de aplicación de la Ley cuyas medidas, sin embargo, continúan sin ser de aplicación general a todos los deudores hipotecarios. No obstante, no deja de ser un primer paso importante en orden a dar una posible solución a un importante problema social.

El Código de buenas prácticas regulado en el Anexo de RDL 6/2012 incluye tres fases de actuación. La primera, dirigida a procurar la reestructuración viable de la deuda hipotecaria, a través de la aplicación a los préstamos o créditos de una carencia en la amortización de capital y una reducción del tipo de interés durante cinco años y la ampliación del plazo total de amortización hasta cuarenta años y reducción del tipo de interés al Euribor +0.25 por cien, siendo posible la reunificación del conjunto de deudas contraídas por el deudor. En segundo lugar, de resultar inviable la reestructuración anterior, los deudores podrán, solicitar una quita sobre el conjunto de su deuda, siendo facultativo para la entidad de crédito aceptarla o no. En una última fase, si ninguna de las dos medidas anteriores logra reducir las dificultades de los deudores límites asumibles para su viabilidad financiera,

estos podrán solicitar, y las entidades deberán aceptar, la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda. En este último supuesto, las familias podrán permanecer en su vivienda durante de un plazo de dos años satisfaciendo una renta del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación. De este modo los deudores se ven liberados de la deuda subsistente resultante de la diferencia entre el valor del bien y su valor de tasación, liberación que se considera definitiva, incluso aunque el deudor venga a mejor fortuna.

Junto a estas medidas el RDL 6/2012 contempla otras como la moderación de los tipos de interés moratorios aplicables a los contratos de crédito o préstamo hipotecario. Con esta reducción se pretende disminuir la carga financiera generada en casos de incumplimiento por impago de los deudores que se encuentran en el ámbito de aplicación de la norma. Como novedad, tras la reforma llevada a cabo por Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social estas medidas también aplican, según el art. 2 del RDL 6/2012 a los avalistas hipotecarios respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario.

La norma ofrece una solución a los deudores, ciertamente limitados, que pueden acogerse a la misma. En el último escalón la figura de la dación en pago del bien hipotecado comporta una liberación del deudor respecto de la deuda subsistente. El carácter *cuasi obligatorio* de ese efecto liberatorio⁴⁸⁷, asemeja a esta institución a la figura de la *discharge*, vinculada al deudor bueno pero desafortunado en riesgo de exclusión social. Sin embargo, como se ha apuntado por algún autor⁴⁸⁸ y compartimos, el hecho de que solo opere respecto de una las deudas del deudor, por más que sea la más relevante, lo aleja de los sistemas de liberación de deudas o de *discharge* existentes en

⁴⁸⁷ Como se ha visto, el sometimiento al Código de buenas prácticas regulado en el RDL 6/2012 es voluntario, aunque es de prever que se generalice, pero la aceptación de la dación en pago es obligatoria para las entidades que se sometan al mismo.

⁴⁸⁸ En este sentido PULGAR EZQUERRA, J.: "Preconcurso y acuerdos de refinanciación". Op. Cit. Pág. 295.

otros países que, como ya hemos visto, tienen un ámbito de aplicación material y subjetivo mucho más amplio.

En esta línea de protección del deudor hipotecario y ante la situación de alarma generada por el elevado número de lanzamientos decretados como consecuencia de ejecuciones hipotecarias se dictó por el Gobierno el RDL 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. La finalidad de la norma no es otra que la de establecer una moratoria en la ejecución de los lanzamientos para la determinados deudores que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Estas medidas de protección se han incluido en la Ley 1/2013. Según el art. 1 del citado texto legal son supuestos de especial vulnerabilidad:

“a) Familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.

b) Unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.

c) Unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.

d) Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.

e) Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo.

f) Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.

g) Unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género, conforme a lo establecido en la legislación vigente, en el caso de que la vivienda objeto de lanzamiento constituya su domicilio habitual.

3. Para que sea de aplicación lo previsto en el apartado 1 deberán concurrir, además de los supuestos de especial vulnerabilidad previstos en el apartado anterior, las circunstancias económicas siguientes:

a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. Dicho límite será de cuatro veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples en los supuestos previstos en las letras d) y f) del apartado anterior, y de cinco veces dicho indicador en el caso de que el ejecutado sea persona con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento, o persona con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, así como en los casos de enfermedad grave que incapacite acreditadamente, a la persona o a su cuidador, para realizar una actividad laboral.

b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda.

c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.

d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

4. A los efectos de lo previsto en este artículo se entenderá:

a) Que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5.

b) Por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar”.

En caso de que se de alguno de estos supuestos se establece en el art. 1.1 de la Ley 1/2013 una moratoria de dos años para la ejecución de lanzamiento acordado en el procedimiento de ejecución judicial o extrajudicial, siempre que en el mismo se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de las personas que se encuentran en

el ámbito de protección de la norma. La finalidad de la norma es evitar la exclusión social de sujetos en situación de especial vulnerabilidad.

Estas limitadas medidas, que afectarán a un sector muy pequeño de los deudores hipotecarios, no resuelven los problemas que genera un procedimiento como el de ejecución hipotecaria que plantea serias dudas en relación a su adecuación a las normas de protección de los consumidores. En este contexto es de destacar la cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, mediante auto de fecha 19 de julio de 2011 dictado en un procedimiento sobre nulidad cláusulas abusivas⁴⁸⁹, en el que plantea al Tribunal Comunitario si: *“a. Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previsto en el ordenamiento procesal español, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.*

⁴⁸⁹ Se trata del Asunto C-415/11 Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa). En fecha 8 de noviembre de 2012 se pronunciaron las conclusiones de la Abogado General en las que se proponía al Tribunal de Justicia que se resolviera de la siguiente manera: *“1) Un sistema de ejecución de títulos notariales sobre bienes hipotecados o pignorados en el que las posibilidades de oposición frente a la ejecución se encuentran restringidas es incompatible con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando el consumidor, ni en el propio procedimiento ejecutivo ni en un procedimiento judicial separado, puede obtener una tutela jurídica efectiva para ejercitar los derechos reconocidos en dicha Directiva, por ejemplo mediante una resolución judicial que suspenda provisionalmente la ejecución forzosa.*

2) Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar con arreglo al artículo 3, apartados 1 y 3, de la Directiva 93/13 el carácter abusivo de una cláusula de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores.

a) En el caso de una cláusula por la que el acreedor puede dar por vencido anticipadamente un crédito inmobiliario, el órgano jurisdiccional debe examinar, en particular, en qué medida la cláusula se aparta de la normativa legal que a falta de pacto sería aplicable, si lo estipulado en la cláusula responde a una razón objetiva y si el consumidor, a pesar de la alteración del equilibrio contractual en favor de quien ejercita la cláusula, no queda desprotegido con respecto al contenido normativo de la cláusula en cuestión.

b) En el caso de una cláusula sobre intereses de demora, el órgano jurisdiccional debe examinar, en particular, en qué medida el tipo de interés se aparta del tipo de interés legal que a falta de pacto sería aplicable y si no está en proporción con el objetivo del interés de demora.

c) En el caso de una cláusula para la determinación unilateral del importe de la deuda, deben tenerse en cuenta, particularmente, las consecuencias de una cláusula de ese tipo en el Derecho procesal nacional”.

b. Se requiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que pueda dar contenido al concepto de desproporción en orden:

1) A la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos proyectado en un largo lapso de tiempo – en este caso 33 años – por incumplimientos en un período muy limitado y concreto.

2) La fijación de unos intereses de demora – en este caso superiores al 18% - que no coinciden con los criterios de determinación de los intereses moratorios en otros contratos que afectan a consumidores (créditos al consumo) y que en otros ámbitos de la contratación de consumidores se podrían entender abusivos y que, sin embargo, en la contratación inmobiliaria no disponen de un límite legal claro aún en los caso en los que hayan de aplicarse no sólo a las cuotas vencidas, sino a la totalidad de las debidas por el vencimiento anticipado.

c. La fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables – tanto ordinarios como moratorios – realizados unilateralmente por el prestamista vinculados a la posibilidad de ejecución hipotecaria no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo, remitiéndole a un procedimiento declarativo en el que cuando haya obtenido pronunciamiento definitivo la ejecución habrá concluido o, cuando menos, el deudor habrá perdido el bien hipotecado o dado en garantía, cuestión de especial trascendencia cuando el préstamo se solicita para adquirir una vivienda y la ejecución determina el desalojo del inmueble”.

La sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de fecha 14 de marzo de 2011 asume las tesis de la abogada general y declara que: “La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo

de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final". Así mismo declara que: "El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que: – el concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas; – para determinar si se causa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual. El artículo 3, apartado 3, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el anexo al que remite esa disposición sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas."

Esta resolución del Tribunal de Justicia, puede ser clave en orden a la regulación del procedimiento de ejecución hipotecaria en España y en la búsqueda de una solución justa a un problema que supone el mayor endeudamiento de las personas físicas, pero que no es estrictamente concursal. De hecho, el art. 56 LC ni siquiera posibilita la suspensión de la ejecución hipotecaria en caso de concurso, salvo que se trate de bienes afectos a una actividad económica. La mayoría de las ejecuciones hipotecarias se desenvuelven al margen del concurso. No obstante, el concurso, en caso de que se introdujera algún tipo de "discharge", como veremos, si podría comportar algún tipo de ventaja para los deudores hipotecarios, pues aunque la exoneración de deudas no se aplica sobre el importe de las deudas

garantizadas, en caso de realización del bien la deuda remanente se convierte en crédito ordinario que si se vería beneficiado por la liberación de deudas⁴⁹⁰.

De momento la Sentencia ya ha motivado una reforma legal llevada a cabo por la Ley 1/2013 que ha modificado, entre otros, el art. 552.1 LECiv en el sentido de facultar al juez que conoce de la ejecución para apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas, así como los arts. 557.7 a los efectos de poder invocar como causa de oposición a la ejecución que el título contenga cláusulas abusivas y el art. 561.1.3 en el sentido poder decretar la improcedencia de la ejecución en atención al carácter abusivo de las cláusulas. Ya en el ámbito estrictamente hipotecario, el art 695 LECiv contempla la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria en el que se invoque el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible, permitiendo al Juez sobreseer la ejecución si se parecía la existencia de una cláusula de tal carácter. Con esta reforma se pretende acomodar nuestra legislación hipotecaria a las exigencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013.

9.- LA PROGRESIVA IMPLANTACIÓN DE “DISCHARGES” SECTORIALES EN EL MODELO ESPAÑOL: LA “DISCHARGE” PARCIAL DEL ART. 579 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social ha modificado el art. 579 LECiv, introduciendo una importante limitación al principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC, regulando lo que constituye una auténtica discharge parcial o sectorial limitada al ámbito de la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual.

⁴⁹⁰ En este sentido CUENA CASAS, M., “Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: intentos de regulación y ninguna solución”. RcP. La Ley nº 17/2012. Pág. 100.

Así, el art. 7.5 de la Ley 1/2013 da una nueva redacción al art. 579 LECiv y establece: *“Artículo 579. Ejecución dineraria en casos de bienes especialmente hipotecados o pignorados.*

1. Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.

2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, en el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades:

a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación.

b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.

Si en los plazos antes señalados se produce una ejecución dineraria que exceda del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente. El Secretario judicial encargado de la ejecución hará constar estas circunstancias en el decreto de adjudicación y ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad en relación con lo previsto en la letra b) anterior”.

La norma, si bien mantiene el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor respecto del importe de la deuda no satisfecho tras la realización del bien, condiciona en el apartado 2 del art. 579, su íntegra eficacia al cumplimiento de una serie de requisitos. El primero se concreta en el pago de un determinado porcentaje de la deuda restante tras la subasta en un periodo de tiempo determinado. De ese modo, si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago, quedará liberado íntegramente de su obligación. También se produce dicho efecto si no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. Por consiguiente, la exoneración afecta, según los casos, a un 35 por ciento o a un 20 por ciento del pasivo insatisfecho.

El segundo, a la obtención de plusvalías por el adjudicatario de la vivienda subastada, o persona vinculada, en caso de enajenación ulterior de la vivienda ejecutada, ya que en el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante. En este caso la exoneración es parcial, limitada a la mitad de la plusvalía realmente producida.

En ambos casos si en los plazos antes señalados se produce una ejecución dineraria que exceda del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente. El Secretario judicial encargado de la ejecución hará constar estas circunstancias en el decreto de adjudicación y ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Este beneficio opera en relación a todo deudor hipotecario, aunque no se encuentre en el ámbito del RDL 6/2012, siempre que se trate de la vivienda habitual, sin vincularlo al nivel de rentas que perciba el deudor, al valor de la vivienda o a cualquier otro condicionante objetivo o subjetivo, no existiendo, a diferencia de lo que acontece con la “*discharge*” concursal, la necesidad de someter al deudor a test de “*discharge*” alguno, por lo que es indiferente la buena o mala fe del deudor.

El efecto de exoneración o “*discharge*” se produce en estos supuestos ex lege, estos es, sin condicionarlo al consentimiento del único acreedor que se ve afectado por tal liberación de deuda. El único requisito es el pago de un determinado porcentaje del pasivo insatisfecho tras la realización del bien en un periodo de tiempo fijado legalmente; o la generación de plusvalías como consecuencia de la enajenación de la vivienda por el acreedor o sociedades de su grupo.

Nos encontramos, por consiguiente, ante una auténtica “*discharge*”, aún cuando su ámbito no es concursal y no afecta a la totalidad de las deudas, tan solo al pasivo insatisfecho de la deuda hipotecaria tras la subasta de la vivienda habitual. Probablemente, la conexión de esta “*discharge*” a la vivienda habitual sea el aspecto más conflictivo ya que nuestra legislación no establece un concepto de lo que deba considerarse a efectos civiles como vivienda habitual⁴⁹¹. Es posible que las partes, en la propia escritura de préstamo

⁴⁹¹ Al contrario de lo que acontece a efectos fiscales. En este ámbito el art. 54 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero dispone que: “1. Con carácter general se considera vivienda habitual del contribuyente la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años.

No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo el carácter de habitual cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras

hipotecario atribuyan tal condición a la vivienda, constituyendo en otro caso una cuestión de hecho que deberá ser debidamente probada. No obstante, la vivienda habitual, para ser considerada como tal, debe ir revestida de una serie de características que permiten atribuirle tal condición. En este sentido, la vivienda habitual estará constituida por el local o edificación que es usado ordinariamente para su habitación por un individuo o una familia, que satisface su necesidad permanente de vivienda y habitación, siendo el lugar donde desarrolla sus actividades cotidianas y que le proporciona no solo cobijo, sino además seguridad e intimidad⁴⁹². Es posible, no obstante, que existan dos o más viviendas que cumplan estos requisitos, algo que se contempla expresamente en el art. 7 y 27.2.f LAU. En estos casos, solo una puede considerarse vivienda habitual a estos efectos, ya que las limitaciones que a la posibilidad de realizar determinados actos de administración o disposición sobre la misma establecen algunos preceptos⁴⁹³, podría implicar, en algunos casos, la inmovilización de buena parte del patrimonio personal; por lo que la doctrina ha entendido que junto a la nota de habitualidad hay que sumar para

circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo, o cambio de empleo, u otras análogas justificadas.

2. Para que la vivienda constituya la residencia habitual del contribuyente debe ser habitada de manera efectiva y con carácter permanente por el propio contribuyente, en un plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras.

No obstante, se entenderá que la vivienda no pierde el carácter de habitual cuando se produzcan las siguientes circunstancias:

Cuando se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente impidan la ocupación de la vivienda, en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.

Cuando éste disfrute de vivienda habitual por razón de cargo o empleo y la vivienda adquirida no sea objeto de utilización, en cuyo caso el plazo antes indicado comenzará a contarse a partir de la fecha del cese.

3. Cuando sean de aplicación las excepciones previstas en los apartados anteriores, la deducción por adquisición de vivienda se practicará hasta el momento en que se den las circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda o impidan la ocupación de la misma, salvo cuando el contribuyente disfrute de vivienda habitual por razón de cargo o empleo, en cuyo caso podrá seguir practicando deducciones por este concepto mientras se mantenga dicha situación y la vivienda no sea objeto de utilización.

4. A los exclusivos efectos de la aplicación de las exenciones previstas en los artículos 33.4. b) y 38 de la Ley del Impuesto, se entenderá que el contribuyente está transmitiendo su vivienda habitual cuando, con arreglo a lo dispuesto en este artículo, dicha edificación constituya su vivienda habitual en ese momento o hubiera tenido tal consideración hasta cualquier día de los dos años anteriores a la fecha de transmisión". Sin embargo, dicho concepto aunque puede ser orientador a los fines que nos interesan, no es íntegramente trasladable al ámbito civil

⁴⁹² JIMÉNEZ PARÍS, T.A., "Vivienda familiar y concurso de acreedores", en Familia y concurso de acreedores. CUENA CASAS, M. coord.. Cizur Menor, 2010. Pág. 259.

⁴⁹³ Vid. al respecto art. 1320 CC.

su completa delimitación que se trate de la vivienda usada con carácter principal⁴⁹⁴.

La introducción de esta “*discharge*” parcial o sectorial, a pesar de sus limitados efectos, no deja de tener especial relevancia⁴⁹⁵, ya que la deuda hipotecaria, como ya se ha analizado, es una de las principales causas de la insolvencia de las familias, sin olvidar que ésta, en ocasiones, encubre deuda de consumo, ya que era frecuente la concesión de créditos por importes superiores al valor de tasación, destinados a la adquisición de vehículos, muebles u otros bienes distintos de la vivienda habitual. El pasivo insatisfecho de la deuda generada para la adquisición de dichos bienes también se verá de este modo beneficiado por esta liberación de deuda.

10.- ACUERDOS EXTRAJUDICIALES E INSTITUCIONES PRECONCURSALES

10.1.- La posibilidad de acudir a mecanismos extraconcursales de refinanciación

El deudor persona física puede acudir a mecanismos extraconcursales de reestructuración de su pasivo. En el ámbito de esos mecanismos el deudor persona física podrá celebrar convenios generales o particulares con sus acreedores que pueden llevar aparejada la condonación total o parcial de la deuda, a modo de “*discharge*” convencional impropia. Ciertamente, el deudor persona física, sobre todo, el que no realiza una actividad económica verá

⁴⁹⁴ Así lo entiende PLANES MORENO, M.D., en “La vivienda familiar”, en Los Procesos de familia: una visión judicial. HIJAS FERNÁNDEZ, E., Coord. Madrid, 2009. Pág. 943; en el mismo sentido JIMÉNEZ PARÍS, T.A., “Vivienda familiar y concurso de acreedores”, Op. Cit. Pág. 260.

⁴⁹⁵ Para PULGAR EZQUERRA, J., en “La protección contractual del sobreendeudamiento del consumidor”, Op. Cit. Pág. 385 y ss., ante la ausencia de una regulación expresa de la “*discharge*” en nuestro Derecho, la “estrategia” parece ir introduciendo “discharges” sectoriales y parciales, sólo respecto de determinados deudores y ello en ocasiones más por razones de evitar la “exclusión social” que de motivar un “fresh start”, lo que podría “preparar” el camino para una futura reforma en esta línea de la LC 22/2003 que se pretende realizar mediante el Proyecto de Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

integrada su masa pasiva, sobre todo, por acreedores financieros, que generalmente tienen asegurado su crédito con garantías que les sitúan en una situación de fuerza en la negociación, dificultando en muchos casos un acuerdo, acrecentándose en este ámbito el tradicional problema existente en toda negociación relativo a las asimetrías informativas, lo que en ocasiones aconseja el recurso a la mediación, conciliación o en su caso, arbitraje, de un tercero en este ámbito o a códigos de buenas prácticas bancarias⁴⁹⁶. No obstante ello, por si mismo no puede impedir que ese acuerdo se alcance y que como consecuencia del mismo se remita parte de la deuda.

En este ámbito debe destacarse la introducción, tras la reforma de la Ley concursal llevada a cabo por la Ley 38/2011 de una nueva categoría de acuerdos de refinanciación regulados en la nueva Disposición adicional cuarta de la Ley Concursal⁴⁹⁷.

Dispone la Disposición adicional cuarta en su apartado 1º que: *“Podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que habiendo sido suscrito por acreedores que representen al menos el 55 por ciento del pasivo titularidad de entidades financieras, reúna en el momento de adopción del acuerdo, las condiciones del artículo 71.6 de la presente Ley relativas a designación de experto independiente y elevación a instrumento público. Por la homologación judicial los efectos de la espera pactada para las entidades financieras que lo hayan suscrito se extienden a las restantes entidades financieras acreedoras no participantes o disidentes cuyos créditos no estén dotados de garantía real”*⁴⁹⁸. El precepto no limita su aplicación a las personas jurídicas, ni siquiera exige que se ejercite el comercio, por lo que nada impide que las personas físicas, incluso aquellas que ejercen una actividad económica puedan acogerse al mismo, tampoco el deudor participante en el acuerdo se ve

⁴⁹⁶ A este respecto PULGAR EZQUERRA, J., “Las soluciones negociadas al sobreendeudamiento de la persona física en Derecho español”. *Dialogi Europei* (en prensa).

⁴⁹⁷ Un estudio detallado de estos acuerdos de refinanciación puede verse en PULGAR EZQUERRA, J.: “Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación”. Las Rozas, 2012 y GARCÍA MARRERO, J.: “Los acuerdos de refinanciación”, en *Tratado Judicial de la Insolvencia*, PRENDES CARRIL, P. y MUÑOZ PAREDES, A. Directores. Cizur Menor, 2012. Pág. 291 y ss.

⁴⁹⁸ Redacción dada por Ley 14/2013 de de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

sometido a las limitaciones del art. 105 LC⁴⁹⁹, que solo operaría en el ámbito del convenio anticipado.

El hecho de que la norma remita en cuanto a la forma del acuerdo y sus condiciones a lo establecido en el art. 71.6⁵⁰⁰, entre las que se incluye que el acuerdo haya sido informado por un experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil, no debe conducirnos a excluir de esta figura a quien no sea sujeto inscrito en el Registro Mercantil, ya que la Ley no establece limitación alguna⁵⁰¹, si bien los costes que supondrá el nombramiento del experto independiente y la necesidad de formalización del acuerdo en

⁴⁹⁹ Dispone el art. 105 LC que: “1. No podrá presentar propuesta anticipada de convenio el concursado que se hallare en alguno de los siguientes casos: 1º Haber sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores. En caso de deudor persona jurídica, se dará esta causa de prohibición si hubiera sido condenado por cualquiera de estos delitos, alguno de sus administradores o liquidadores, o de quienes lo hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio. 2º Haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.”

⁵⁰⁰ El art. 71.6 en cuanto a la forma y condiciones de los acuerdos de refinanciación establece que: “1. ° El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo. 2. ° El acuerdo haya sido informado favorablemente por un experto independiente, que cumpla las condiciones del artículo 28, designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor. Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o en su defecto por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el párrafo primero y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo. 3. ° El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores”.

⁵⁰¹ Para PULGAR EZQUERRA, J. en “Preconcurso y acuerdos de refinanciación”. Op. Cit. Pág. 291, el hecho de que la reforma llevada a cabo por Ley 38/2011 haya suprimido en el art. 71.6 la referencia que en la antigua Disposición adicional cuarta a la designación conforme el procedimiento previsto en los arts. 338 y ss del RRM que exige la identificación de los datos registrales como uno de los contenidos preceptivos de la solicitud abundaría en la tesis de no exigencia de ser sujeto inscrito o inscribible en el registro para poder acogerse a estos acuerdos de refinanciación. En el mismo sentido se pronuncia GARCÍA MARRERO, J.: “Los acuerdos de refinanciación”, Op. Cit. Pág. 306.

instrumento público, puede convertirse en un elemento desincentivador para deudores de escaso recursos⁵⁰².

El contenido del acuerdo puede ser variado y puede contener quitas o esperas, destacándose respecto de éstas últimas que los efectos de la espera pactada para las entidades financieras que lo hayan suscrito se extienden a las restantes entidades financieras acreedoras no participantes o disidentes cuyos créditos no estén dotados de garantía real, salvo que lo hubieran aceptado expresamente, siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero y no suponga un sacrificio desproporcionado para las entidades financieras acreedoras que no lo suscribieron (Disposición adicional cuarta apartado 3º LC). Para asegurar la eficacia de la espera se establece la posibilidad de que el Juez que homologa el acuerdo, que será el que fuera competente para declarar el concurso (Disposición adicional cuarta apartado 2º LC), pueda acordar, si así se solicita por el deudor, previa ponderación de las circunstancias concurrentes, subsistente la paralización de ejecuciones promovidas por las entidades financieras acreedoras durante el plazo de espera previsto en el acuerdo de refinanciación, que no podrá superar los tres años⁵⁰³. En todo caso, las entidades financieras acreedoras afectadas por la homologación mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación del acuerdo de refinanciación ni los efectos de la homologación en perjuicio de aquéllos (Disposición adicional cuarta apartado 5º LC). Solicitada una homologación no podrá solicitarse otra por el mismo deudor en el plazo de un año (Disposición adicional cuarta apartado 7º LC).

Esta decisión judicial es susceptible de impugnación por los acreedores disidentes, si bien los motivos de la impugnación se limitarán exclusivamente a la concurrencia del porcentaje exigido para la homologación y a la valoración de la desproporción del sacrificio exigido. En el caso de que hubiera varias impugnaciones se tramitarán conjuntamente por el procedimiento del incidente

⁵⁰² Así lo entiende PULGAR EZQUERRA, J. en "Preconcurso y acuerdos de refinanciación". Op. Cit. Pág. 290.

⁵⁰³ Esta paralización, en su caso, ya habrá sido acordada por el secretario judicial al dictar el decreto admitiéndola a trámite hasta la homologación y en todo caso por plazo máximo de un mes, tal y como dispone el apartado 2 de la Disposición adicional 4ª.

concurzal, y se dará traslado de todas ellas al deudor y al resto de los acreedores que son parte en el acuerdo de refinanciación para que puedan oponerse a la impugnación. La sentencia que resuelva sobre la impugnación de la homologación no será susceptible de recurso de apelación (Disposición adicional cuarta apartado 4º LC).

En caso de no cumplir el deudor los términos del acuerdo de refinanciación, cualquier acreedor, adherido o no al mismo, podrá solicitar, ante el mismo juez que lo hubiera homologado, la declaración de su incumplimiento, a través de un procedimiento equivalente al incidente concurzal, del que se dará traslado al deudor y a todos los acreedores comparecidos para que puedan oponerse a la misma. Declarado el incumplimiento, los acreedores podrán instar la declaración de concurso o iniciar las ejecuciones singulares. La sentencia que resuelva el incidente no será susceptible de recurso de apelación (Disp. adic. cuarta aptdo 6º LC).

El acuerdo de refinanciación puede llevar aparejadas importantes ventajas para el deudor que se somete al mismo. Por un lado a través de las posibles quitas que se pacten y las esperas obligatorias, incluso para los acreedores disidentes, se convierte en un instrumento eficaz de reestructuración del pasivo. El deudor, de este modo, gana tiempo permitiéndole reordenar los pagos, evitando la liquidación de su patrimonio y la necesidad de acudir al concurso de acreedores que, como vimos, escasas ventajas y soluciones ofrece, en la mayoría de los casos, al deudor persona física. La eficacia de estos acuerdos se ven limitadas, no obstante, por la falta de vinculación de los acreedores con garantía real, salvo que, obviamente, lo acepten expresamente. Aunque el precepto solo excluye a esta categoría de acreedores de la vinculación a las esperas y no se refiere expresamente a los mismos en lo referente a la paralización de las ejecuciones, lo cierto es que no parece razonable que no estén vinculados por la espera y sin embargo no puedan accionar para cobrar su crédito aunque comporte la realización de la garantía.

A pesar de ello, no debe olvidarse que la paralización de las ejecuciones es parte esencial del sistema de refinanciación y una ejecución unilateral

puede frustrar todo el acuerdo, es por ello que si bien la paralización de la ejecuciones instada por acreedores con garantía real no parece que pueda imponerse en virtud de lo establecido en la Disposición adicional cuarta que no la contempla expresamente, si que podría acordarse por el juez ponderando la diversas circunstancias concurrentes en cada momento, cuando la misma se antojara como un comportamiento constitutivo de un abuso de derecho o de ejercicio antisocial del mismo prohibido por el art. 7 CC⁵⁰⁴.

El acuerdo de refinanciación extraconcursal, aún homologable judicialmente, si bien comporta importantes ventajas para el deudor, no es equiparable a una liberación de deudas. En primer lugar, su contenido puede ser variado, no siendo preceptivo que contenga quitas, aún conteniéndolas, su eficacia deriva del concierto de voluntades, siendo su ámbito el del derecho de obligaciones y su fundamento legal la novación de las obligaciones de los arts. 1.203 y ss. CC, por lo que, al igual que lo que acontece con el convenio de acreedores, se trataría de un mecanismo de exoneración impropio. En segundo lugar, solo es contenido obligatorio para los acreedores disidentes, y aún así no para todos pues quedan excluidos los acreedores con garantía real, el contenido relativo a la esperas, lo que comporta una concesión de plazo pero no una liberación de la deuda. No obstante, en algunos casos, puede ser un mecanismo útil para que el deudor persona física pueda ganar tiempo y superar situaciones coyunturales de falta de liquidez evitando acudir a la figura del concurso y la realización de sus bienes.

10.2.- El acuerdo extrajudicial de pagos

Los problemas indicados anteriormente, relativos a la posibilidad que asiste al deudor persona física de acudir a los acuerdos de refinanciación de la disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal, motivaron la necesidad de regular

⁵⁰⁴ Así lo entiende PULGAR EZQUERRA, J.: "Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación". Op, Cit. Pág. 486 y ss. En el mismo sentido FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: "Reflexiones sobre las soluciones preconcursales". RcP. La Ley nº 16. Pág. 125. En contra se posiciona AZOFRA VEGAS, F.: "La invulnerabilidad de los acreedores financieros con garantía real a la homologación de los acuerdos de refinanciación". RcP. La Ley nº 16. Pág. 136 y ss.

un mecanismo preconcursal y extrajudicial que permitiera alcanzar con los acreedores del deudor insolvente un acuerdo para la reestructuración del pasivo, al que pudieran acogerse las personas físicas y las sociedades con pequeños pasivos. De este modo se establecía otra vía de solución para la insolvencia de las personas físicas y se descargaba de trabajo a los Juzgados de lo Mercantil.

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, ha introducido un nuevo título, el Décimo, en la ley Concursal, denominado *“El acuerdo extrajudicial de pagos”* que abarca los arts. 231 a 242.

La posibilidad de alcanzar el acuerdo se reconoce, según el art. 231 LC al empresario persona natural, entendiéndose por tal no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos, sorprende, sin embargo que tratándose de una norma dirigida al apoyo del emprendedor no se haga referencia en este artículo a esta figura.

El empresario es la persona física o jurídica que en nombre propio y por si o por medio de otro ejerce organizada y profesionalmente una actividad económica dirigida a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado. Ciertamente el Código de Comercio en su art. 1 sigue hablando, por razones históricas, de comerciante y no de empresario, sin embargo, la evolución histórica del Derecho Mercantil ha supuesto que éste abarcara otras actividades económicas, como las industriales o los servicios. Nos interesa el empresario individual, por tanto la persona física que en nombre propio ejerce el comercio y que está sometida a un estatuto de especial, denominado estatuto jurídico del comerciante⁵⁰⁵.

⁵⁰⁵ La Propuesta de Código de comercio elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación atribuye la condición de comerciante en su art. 001-2 a: “1º. Las personas físicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales. 2º. Las personas jurídicas que tengan por objeto alguna de las actividades indicadas en la letra anterior. 3º. Las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su objeto.

El empresario individual ha de tener capacidad legal para ejercer el comercio y dedicarse a él habitualmente, además ha de ejercer esa actividad en nombre propio. La capacidad legal para el ejercicio del comercio se regula en el art. 4 CCom, que exige la mayoría de edad y la libre disposición de sus bienes.

El status jurídico de empresario individual se encuentra integrado por una serie de obligaciones de las que destacamos las siguientes. Obligación de llevanza de una contabilidad ordenada. Esta obligación, impuesta por el art. 25 CCom. pretende asegurar una adecuada organización empresarial y un conocimiento por terceros de la realidad patrimonial de la empresa. Los libros de llevanza obligatoria, según el art. 25, son el libro de Inventarios y Cuentas anuales y el libro Diario. Obligación de redactar las cuentas anuales. Estas cuentas reflejan el estado de su patrimonio y el resultado de su actividad al cierre del ejercicio. Se integran, tal y como dispone el art. 34 CCom., por el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo y la memoria. La publicidad registral, impuesta por la necesidad de conocimiento por terceros, posibles contratantes con el empresario, de las circunstancias relevantes relativas a su negocio, derivada de la actividad en masa que realizan los empresarios mercantiles. Esta publicidad se lleva a cabo fundamentalmente a través del Registro Mercantil.

Distinta de la figura del empresario individual es la del profesional con título habilitante para el ejercicio de una determinada profesión, como pueden ser los abogados, médicos o arquitectos. Estos profesionales, históricamente han sido excluidos de la categoría de empresarios, siendo, por tanto, sometidos a un estatuto distinto. Son varias las razones que se han apuntado, como el hecho de que no coordinen factores de producción para intermediar en el mercado, o que el ejercicio de su actividad no precise del grado de organización de los empresarios, pues históricamente el profesional ejercía su profesión sin ánimo especulativo, también se alude a la falta del recurso al crédito y el carácter personal de la prestación. No obstante lo anterior, junto a numerosos profesionales que todavía desarrollan su actividad con arreglo a estas características, existen otros muchos que la ejercen de modo más

complejo a través de estructuras que les asemejan más a los empresarios, lo que ha dado lugar a una progresiva aproximación de ambos regímenes⁵⁰⁶.

En cualquier caso, ambos pueden someterse al acuerdo extrajudicial de pagos regulado en la Ley Concursal. Junto a ellos el texto legal hace referencia al autónomo, que no es sino la persona física que realiza de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial⁵⁰⁷. Aunque pudiera parecer una categoría distinta, en realidad la expresión autónomo hace referencia a un régimen de afiliación a la Seguridad Social, al no ser trabajadores por cuenta ajena, son ellos mismos los que asumen sus obligaciones en relación a la Seguridad Social. Es por ello que en su ámbito, se encontrarán tanto empresarios individuales, como profesionales, como personas que ejerzan algún tipo de actividad económica por cuenta propia y sin revestir ninguna de las formas anteriormente descritas.

Por consiguiente, de conformidad con el art. 231.1 LC, las personas físicas que ejercen una actividad económica productiva, de carácter profesional o empresarial, o se encuentren dados de alta como autónomos, que se encuentren en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 LC, o que prevean que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrán someterse al acuerdo extrajudicial de pagos, siempre que su pasivo, según el balance que aporten, no supere los cinco millones de euros. Quedan, por tanto, excluidos, del ámbito del acuerdo extrajudicial de pagos, los consumidores en quienes no se den las circunstancias descritas.

Al margen de la persona natural, también determinadas personas jurídicas pueden acogerse a esta figura. Según el art. 231.2 LC se trata de aquellas que sean o no sociedades de capital, con independencia del carácter

⁵⁰⁶ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: “Manual de Derecho Mercantil”. Vol. I. Madrid, 2009. Pág. 60.

⁵⁰⁷ Art. 1º de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

mercantil o no de su fin social, pues nada se dice expresamente al respecto⁵⁰⁸, cumplan las siguientes condiciones:

- a) Se encuentren en estado de insolvencia.
- b) En caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no hubiere de revestir especial complejidad en los términos previstos en el artículo 190 LC⁵⁰⁹.
- c) Que dispongan de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.
- d) Que su patrimonio y sus ingresos previsibles permitan lograr con posibilidades de éxito un acuerdo de pago en los términos que se recogen en el apartado 1 del artículo 236.

Por el contrario, no podrán acogerse al procedimiento previsto los deudores, sean personas físicas o jurídicas, que, tal y como dispone el art. 231.3 LC: Hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores. Los sujetos a su inscripción obligatoria en el Registro Mercantil que no figurasen inscritos con antelación. Las personas que en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud, estando obligadas legalmente a ello, no hubieren llevado contabilidad o hubieran incumplido en alguno de dichos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales. Las personas que, dentro de los tres últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial con los acreedores, hubieran obtenido la homologación

⁵⁰⁸ PULGAR EZQUERRA, J.: “Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad”. Diario La Ley nº 8141.

⁵⁰⁹ Dispone el art. 190.1 LC que: “El juez podrá aplicar el procedimiento abreviado cuando, a la vista de la información disponible, considere que el concurso no reviste especial complejidad, atendiendo a las siguientes circunstancias:

1. ° Que la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores.
2. ° Que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros.
3. ° Que la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros.

Cuando el deudor sea una persona natural el juez valorará especialmente si responde o es garante de las deudas de una persona jurídica y si es administrador de alguna persona jurídica”.

judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores⁵¹⁰.

Tampoco podrán acceder al acuerdo extrajudicial de pagos quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite; ni será posible iniciar el acuerdo extrajudicial si cualquiera de los acreedores del deudor, que necesariamente debieran verse vinculados por el acuerdo, hubiera sido declarado en concurso (art. 231.4 y 5 LC).

El procedimiento se inicia mediante solicitud de nombramiento de mediador concursal formulada por el deudor, compitiendo tal facultad, en caso de tratarse de persona jurídica, al órgano de administración o liquidación⁵¹¹. La solicitud se presentará si se trata de sujeto inscribible en el Registro Mercantil ante el Registrador Mercantil del domicilio del deudor, en otro caso ante el notario de su domicilio. A la solicitud se acompañará la documentación a que se refiere el art. 232.2 LC⁵¹². A diferencia de lo que acontece en el concurso de

⁵¹⁰ Para PULGAR EZQUERRA, J. en "Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad" Op. Cit. Estas prohibiciones, que responden a una concepción decimonónica concibiendo los acuerdos extrajudiciales como si fueran institutos de "favor debitores", y en particular las conectadas a la falta de inscripción, que como ha de recordarse se eliminaron en virtud del RDL 3/2009 del art. 105 LC, en el que también se contemplaban inicialmente en relación a la propuesta anticipada de convenio, no se justifican en el marco de un acuerdo extrajudicial, dificultando innecesariamente el acceso a los acuerdos extrajudiciales y conculcando a mi entender el principio de autonomía de la voluntad de las partes ex art. 1255 CC.

⁵¹¹ Aunque el régimen de legitimación para formular la solicitud es similar al del concurso de acreedores (art. 3 LC), no debe olvidarse que la solicitud de nombramiento de mediador concursal para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos no es obligatoria, planteándose entonces si la decisión compete a los administradores sociales o simplemente están legitimados para la presentación de la solicitud, debiéndose adoptar la decisión de formularla o no conforme a las normas configuradoras de la voluntad social. La cuestión es similar a la que se plantea en el caso de la insolvencia inminente, por lo que deberá admitirse la legitimación de los administradores sociales, tanto para formular la solicitud, como para adoptarla, no obstante la conveniencia de convocar en estos casos a la Junta a fin de que se pronuncie expresamente, si bien sus actos serán susceptibles de ser revisados a la luz del régimen de responsabilidad de los administradores sociales, para aquellos supuestos en que su concreto actuar genere algún daño a la sociedad. Vid más ampliamente a este respecto PULGAR EZQUERRA, J. en "El concurso de acreedores. La declaración". Op. Cit. Pág. 478 y ss.

⁵¹² Según el citado precepto la solicitud se hará mediante instancia suscrita por el deudor, en la que el deudor hará constar el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de que sea titular, los ingresos regulares previstos, una lista de acreedores con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos, una relación de los contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos. Esta lista de acreedores también comprenderá a los titulares de préstamos o créditos con garantía real o de derecho público sin perjuicio de que puedan no verse afectados por el acuerdo. Si el deudor fuere persona casada, salvo que se encuentre en régimen de separación de bienes, indicará la identidad del cónyuge,

acreedores, en el que el deudor tiene obligación de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la que hubiera conocido o debido conocer su situación de insolvencia (art. 5.1 LC), la solicitud del art. 232 LC no tiene carácter obligatorio, aunque concurren los presupuestos para ello.

El nombramiento de mediador concursal se realizará por el Registrador Mercantil o por el Notario competente, una vez compruebe la concurrencia de los requisitos y documentación exigida legalmente para dar curso al procedimiento y deberá recaer en la persona natural o jurídica a la que de forma secuencial corresponda de entre las que figuren en la lista oficial que se publicará en el portal correspondiente del BOE, la cual será suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia⁵¹³. El mediador concursal deberá reunir, además de esta condición de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, alguna de las que se indican en el apartado 1 del artículo 27 LC, relativas al nombramiento de administradores concursales. En todo lo no previsto en esta Ley en cuanto al mediador concursal, se estará a lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes (art. 233.1 LC).

Una vez acepté el cargo el mediador concursal, el Notario o el Registrador Mercantil dará cuenta del hecho por certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes para su constancia por anotación preventiva en la correspondiente hoja registral, así como al Registro Civil y a los demás registros públicos que corresponda. Igualmente, comunicará de oficio la apertura de negociaciones al juez competente para la declaración de concurso y ordenará su publicación en el Registro Público Concursal (art.

con expresión del régimen económico del matrimonio, y si estuviera legalmente obligado a la llevanza de contabilidad, acompañará asimismo las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios.

⁵¹³ El RD de 13 de diciembre de 2013 por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012 de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, del 6 de julio de 2012, regula, entre otros aspectos, el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, que facilitará la publicidad y transparencia de esta actividad, consistirá en una base de datos informatizada a la que se accederá gratuitamente a través de la página web del Ministerio de Justicia. Constará de tres secciones: una para mediadores, otra para mediadores concursales y una tercera para instituciones de mediación. Sólo será obligatoria la inscripción de los mediadores concursales.

233.3 y 5 bis 1 LC)⁵¹⁴. Tal y como dispone el art. 15.3 LC, a partir de ese momento y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en el art. 5 bis LC, no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor o, en el procedimiento previsto para el Acuerdo extrajudicial de pagos, distintos del deudor o del mediador concursal.

En los diez días siguientes a la aceptación del cargo, el mediador concursal comprobará la existencia y la cuantía de los créditos y convocará al deudor y a los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor, siempre que puedan resultar afectados por el acuerdo, a una reunión que se celebrará dentro de los dos meses siguientes a la aceptación, en la localidad donde el deudor tenga su domicilio (art. 234.1 LC). Se excluirá en todo caso de la convocatoria a los acreedores de derecho público, ya que los mismos quedan fuera del ámbito del acuerdo, previéndose para este tipo de acreedores un régimen especial de aplazamiento de pago regulado “ex novo” en la nueva Disposición Séptima relativa al tratamiento de créditos de derecho público en caso de acuerdo extrajudicial de pagos. La convocatoria se realizará por cualquier medio de comunicación que asegure la recepción e indicará la fecha, hora y lugar de la reunión. Los acreedores titulares de créditos con garantía real, no se ven afectados por el acuerdo, salvo que los acepten expresamente. A tal fin, una vez recibida la convocatoria, si desean intervenir en el acuerdo extrajudicial deberán comunicárselo expresamente al mediador en el plazo de un mes (art. 234.4 LC).

La apertura del expediente produce una serie de efectos regulados en el art. 235 LC. Así, de un lado, una vez solicitada la apertura del expediente, el deudor podrá continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional, absteniéndose, no obstante, de solicitar la concesión de préstamos o créditos, devolviendo a la entidad las tarjetas de crédito de que sea titular y se

⁵¹⁴ Su regulación fue aprobada por RD de 15 de noviembre de 2013 por el que se regula el Registro Público Concursal, BOE de 3 de diciembre de 2013. Según el art. 4.3 del RD: “La sección tercera comprenderá la información y los anuncios que se regulan en el capítulo IV. Su publicidad permitirá realizar consultas en atención al nombre o denominación del deudor y, con referencia a los correspondientes expedientes, por el nombre o denominación del mediador concursal que hubieren aceptado, así como por el número de identificación fiscal, el número de expediente o procedimiento y el Notario o Registrador Mercantil que lo tramite. En el caso de procedimientos de homologación, por el número de autos y el número de identificación general del procedimiento y el Juzgado competente”.

absteniéndose de utilizar medio electrónico de pago alguno. De otro, desde la publicación de la apertura del expediente y por parte de los acreedores que pudieran verse afectados por el posible acuerdo extrajudicial de pagos, no podrá iniciarse ni continuarse ejecución alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres meses. Se exceptúan los acreedores de créditos con garantía real, en cuyo caso, el inicio o continuación de la ejecución dependerá de la decisión del acreedor. El acreedor con garantía real que decida iniciar o continuar el procedimiento no podrá participar en el acuerdo extrajudicial. Practicada la correspondiente anotación de la apertura del procedimiento en los registros públicos de bienes, no podrán anotarse respecto de los bienes del deudor instantes embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal, salvo los que pudieran corresponder en el curso de procedimientos seguidos por los acreedores de derecho público y los acreedores titulares de créditos con garantía real que no participen en el acuerdo extrajudicial. Además, los acreedores que puedan verse afectados por el acuerdo deberán abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común.

Como se ha apuntado por algún autor⁵¹⁵, estos efectos pueden considerarse excesivos, ya que se encuentran conectados a un expediente desjudicializado de acuerdo extrajudicial de pagos, que tiene carácter registral o notarial: Por un lado, se paralizan las ejecuciones individuales hasta un plazo máximo de tres meses, exceptuándose acreedores dotados de garantía real, lo que contrasta con el tratamiento que recibe el tema en relación a los acuerdos de refinanciación y propuestas anticipadas de convenio. En efecto, es significativo que las negociaciones del deudor con sus acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación o negociar una propuesta anticipada de convenio, comunicadas al Juzgado al amparo del art. 5 bis LC, no llevan aparejada la suspensión o paralización de las ejecuciones. De otro lado, en el art. 235.1 LC, se conectan a la iniciación del expediente una serie de efectos personales que recaen sobre el deudor y, entre éstos, algunos de sentido

⁵¹⁵ PULGAR EZQUERRA, J. en “Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad” Op. Cit.

negativo, como la obligación del deudor de abstenerse de solicitar préstamos o créditos, o el deber de devolver a la entidad de crédito las tarjetas de crédito de que sea titular y de abstenerse de utilizar medio electrónico alguno de pago, lo que constituye un efecto exorbitante, conectado a un procedimiento registral o notarial, que ni siquiera conlleva la declaración del concurso de acreedores y que no encuentra justificación de política jurídica respecto de un deudor que intenta alcanzar un acuerdo extrajudicial y que desde luego le desincentivará previsiblemente a acudir a esta vía⁵¹⁶.

Como medida de protección del deudor y del propio proceso para la adopción del acuerdo, dispone el art. 235.6 LC que el deudor que se encontrase negociando un acuerdo extrajudicial no podrá ser declarado en concurso, en tanto no concurren las circunstancias previstas en el artículo 5 bis.

El art. 236 LC regula el plan de pagos. Con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión, el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, un plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud, en el que la espera o moratoria no podrá superar los tres años y en el que la quita o condonación no podrá superar el 25 por ciento del importe de los créditos. El plan de pagos se acompañará de un plan de viabilidad y contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia⁵¹⁷, y de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollara. Incluirá necesariamente una propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos así como copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento. La propuesta podrá consistir también en la cesión de bienes a los acreedores en pago de las deudas. Dentro de los diez días

⁵¹⁶ *Ibíd.*

⁵¹⁷ Obsérvese que, a diferencia de lo dispuesto en el art. 47.1 LC, el precepto no habla del cónyuge, pareja de hecho inscrita y descendientes bajo su potestad, sino que al hablar de familia nos debería remitir al ámbito más amplio del art. 143 CC, que incluye a ascendientes y hermanos, lo que puede plantear problemas en la aplicación práctica del precepto.

naturales posteriores al envío de la propuesta de acuerdo por el mediador concursal a los acreedores, éstos podrán presentar propuestas alternativas o propuestas de modificación. Transcurrido el plazo citado, el mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de pagos y viabilidad final aceptado por el deudor.

En relación al contenido del plan de pagos, es significativo que las quitas y esperas máximas son muy inferiores a las previstas con carácter general para el convenio concursal, ya que el art. 100 LC contempla quitas de hasta el 50% de los créditos y esperas de hasta cinco años, límites susceptibles de ser superados si se dan las condiciones de los arts. 100.1 y 104.2 LC. Por el contrario, el acuerdo extrajudicial de pagos, solo contempla quitas del 25% y esperas de tres años, por lo que al deudor, con carácter general, le conviene más intentar negociar una propuesta anticipada de convenio que acudir al acuerdo extrajudicial de pagos. Por otra parte, el art. 236 LC contempla como posible contenido del acuerdo la cesión de bienes, posibilidad que, sin embargo, se encuentra prohibida para el convenio concursal por el art. 100.3 LC, salvo en el limitado caso del art. 155.4 LC a favor del acreedor con garantía real.

El mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores si, dentro del plazo de los diez días naturales posteriores al envío de la propuesta de acuerdo, los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que necesariamente pudiera verse afectado por el acuerdo, excluidos los créditos con garantía real cuyos titulares no hubiesen comunicado su voluntad de intervenir en el mismo o cualquier acreedor de derecho público, decidieran no continuar con las negociaciones (art. 236.4 LC). A tal fin el mediador concursal se encuentra legitimado para solicitar la declaración de concurso en virtud de la nueva redacción dada al art. 3.1 LC por la Ley 14/2013.

Según el art. 237 LC, la asistencia a la reunión es obligatoria para todos los acreedores afectados por el acuerdo, salvo que en el plazo de los diez días anteriores a la misma hubieran comunicado la aceptación o su oposición al mismo. El incumplimiento de esa obligación lleva aparejada la subordinación

del crédito en caso de que fracasadas las negociaciones se declarara el concurso, sanción que nos parece desproporcionada para el acreedor afectado, que no hace de este modo sino expresar su oposición al acuerdo y que no se contempla de modo equivalente en el ámbito del acuerdo de refinanciación o del propio convenio concursal.

La adopción del acuerdo requiere una mayoría del sesenta por ciento del pasivo. En el caso de que el plan de pagos consista en la cesión de bienes del deudor en pago de deudas, dicho plan deberá contar con la aprobación de acreedores que representen el setenta y cinco por ciento del pasivo y del acreedor o acreedores que, en su caso, tengan constituida a su favor una garantía real sobre estos bienes. En ambos supuestos, para la formación de estas mayorías se tendrá en cuenta exclusivamente el pasivo que vaya a verse afectado por el acuerdo y a los acreedores del mismo (art. 238.1 LC). El acuerdo, una vez adoptado, se documentará en escritura pública y se cancelará el expediente, comunicándolo al Juzgado que hubiera de tramitar el concurso y a los registros públicos de bienes competentes para la cancelación de las anotaciones practicadas. Asimismo, publicará la existencia del acuerdo en el BOE y en el Registro Público Concursal (art. 238.2 LC).

Si el plan no fuera aceptado, y el deudor continuara incurso en insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente del juez competente la declaración de concurso, que será acordada por éste también de forma inmediata. En su caso, instará también del juez la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis de esta Ley (art. 238.3 LC).

La impugnación del acuerdo se regula en el art. 239 LC. A tal fin, dentro de los diez días siguientes a la publicación, el acreedor que no hubiera sido convocado o no hubiera votado a favor del acuerdo o hubiera manifestado con anterioridad su oposición en los términos establecidos en el artículo 237.1 podrá impugnarlo ante el juzgado que fuera competente para conocer del concurso del deudor. La impugnación no suspenderá la ejecución del acuerdo y solo podrá fundarse en la falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores no

convocados, en la superación de los límites establecidos por el artículo 236.1 o en la desproporción de la quita o moratoria exigidas. Todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente por el procedimiento del incidente concursal. La sentencia de anulación del acuerdo se publicará en el BOE y en el Registro Público Concursal y será susceptible de recurso de apelación de tramitación preferente. La anulación del acuerdo dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo regulado en el artículo 242 LC.

A los efectos del acuerdo se refiere el art. 240 LC. Adoptado el acuerdo, ningún acreedor afectado por el acuerdo podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente, pudiendo el deudor solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del juez que los hubiera ordenado. Por virtud del acuerdo extrajudicial, los créditos quedarán aplazados y remitidos conforme a lo pactado. En caso de cesión de bienes a los acreedores, los créditos se considerarán extinguidos en todo o en parte, según lo acordado.

Aunque el texto legal no habla expresamente de novación, nos encontramos ante una liberación de deuda con base convencional, equivalente a la que se produce en el convenio con quita, pero en un ámbito extraconcursal, por lo que no nos encontramos ante una discharge legal o propia, sino ante un mecanismo impropio de liberación de deudas derivado de una institución preconcursal regulada legalmente.

En cualquier caso, los acreedores conservarán las acciones que les correspondan por la totalidad de los créditos contra los obligados solidarios y los garantes personales del deudor (art. 240.3 LC).

Según establece el art. 241 LC el mediador concursal debe supervisar el cumplimiento del acuerdo. En caso de cumplimiento íntegro del mismo lo hará constar en acta notarial que se publicará en el BOE y en el Registro Público Concursal. En caso de incumplimiento, el mediador concursal deberá instar el concurso, considerándose que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia.

El concurso de acreedores que se declara como consecuencia del fracaso, la anulación o el incumplimiento de un acuerdo extrajudicial de pagos se denomina por la Ley Concursal concurso consecutivo. Se regula en el art. 242 LC, siendo una de sus características principales que, salvo justa causa, el juez designará administrador del concurso al mediador concursal, quien no podrá percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de arreglo extrajudicial a menos que atendidas circunstancias excepcionales el juez acordare otra cosa. Este aspecto del concurso consecutivo es criticable pues determina un cuestionable cambio en el sistema de designación y retribución de la administración concursal, frente al sistema general de designación por el juez de entre los integrantes de las listas de administradores concursales confeccionadas por los distintos colegios profesionales, que afecta no sólo a personas físicas sino también a personas jurídicas, que no resultarían sometidas al art. 190 LC, como se deriva del art. 231.2 y que eventualmente, tras haber intentado o fracasado un acuerdo extrajudicial, sean declaradas en concurso consecutivo de acreedores. El tema reviste una trascendental importancia, pues convirtiendo al mediador en administrador concursal se conculca la imparcialidad y por otro la confidencialidad⁵¹⁸. Como se ha apuntado por algún autor, si bien es cierto que se dice que su retribución en el concurso no podrá exceder de la fijada en el expediente de arreglo extrajudicial, no es menos cierto que el juez puede fijar otra cosa atendidas circunstancias excepcionales, lo que puede motivar al mediador a la vía concursal. No obstante, más grave aún es que si el deudor sabe que el mediador puede ser administrador concursal quiebra la confidencialidad que debe presidir toda mediación⁵¹⁹.

⁵¹⁸ Vid. art. 9 Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

⁵¹⁹ PULGAR EZQUERRA, J. en "Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad "Op. Cit. No obstante lo anterior, como se puso de manifiesto en la Reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de apoyo a emprendedores, sobre cuestiones concursales de 11 de octubre de 2013 (punto I.8) disponible en <http://www.economistas.org/Contenido/REFor/AcuerdoUnifcazCriteriosLeyEmprendedoresJuecesMadoct2013.pdf> se ha de entender que la mediación concursal reúne, por principio de su régimen legal, una serie de especialidades respecto a las características generales de la mediación común, de modo que se singulariza su función y la instrumenta respecto al eventual concurso consecutivo, para actuar como administrador concursal. De ello es posible derivar una exoneración legal implícita de dicho deber de confidencialidad en estos casos, pero sólo específicamente respecto de la posterior actuación como administrador concursal, no en otros

El concurso consecutivo salvo el supuesto de insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis de la Ley, determinará la apertura necesaria y simultánea de la fase de liquidación. Este es otro de los aspectos censurables del concurso consecutivo, cuya única solución es la liquidación, que en todo caso conlleva apertura de la pieza de calificación, no pudiendo alcanzarse en estos concursos un convenio concursal. Con ello, de nuevo se sanciona al deudor que ha intentado alcanzar un acuerdo extrajudicial y no lo ha conseguido o lo ha incumplido con la liquidación concursal, lo que constituye un claro desincentivo para acudir a este mecanismo preconcursal, pues de no haber intentado este acuerdo, el concurso podría concluir por la vía del convenio que en principio y salvo si se superan los límites legalmente establecidos de quita y/o espera en la Ley Concursal no conlleva apertura de sección de calificación⁵²⁰.

La única ventaja que ofrece el concurso consecutivo para el deudor persona física empresario es la remisión de todas las deudas que no sean satisfechas en la liquidación, con excepción de las de Derecho público, siempre que sean satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados (art. 142.5 LC). En cualquier caso, para acceder a esta auténtica “*discharge legal*”, no es necesario acudir al acuerdo extrajudicial de pagos, pues el art. 178.2 LC, en su redacción dada por la Ley 14/2013, la contempla, con algunas diferencias, para todo deudor persona física que se somete al concurso de acreedores, si bien para este supuesto se exige el pago del veinticinco por ciento de los créditos ordinarios, no viéndose, por el contrario, el deudor obligado a satisfacer las deudas de Derecho público que excedan de dicho porcentaje, remitiéndonos para su estudio más detallado al apartado correspondiente del presente trabajo.

aspectos (en línea con el art. 7.2.b) de la Directiva 2008/52/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre Ciertos Aspectos de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles). Ello sin perjuicio de que pueda constituir una buena práctica del mediador obtener dicha exoneración expresa por escrito, a los efectos del eventual concurso posterior, al principio de su labor de mediación.

⁵²⁰ PULGAR EZQUERRA, J. en “Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad “Op. Cit.

PARTE CUARTA

EL MODELO ESPAÑOL DE EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO

I LA NECESIDAD DE INTRODUCCIÓN DE LA “DISCHARGE” O EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO DE LA PERSONA FÍSICA

Precisamente, todas estas carencias ponían de manifiesto la necesidad de introducir en nuestro derecho, al igual de lo que acontece, como hemos visto, en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, la figura de la “*discharge*” o exoneración de deudas como instrumento jurídico susceptible de ofrecer una solución al concurso de las personas físicas, superando, de este modo, la subsistencia del principio de responsabilidad patrimonial universal post concurso.

La incongruencia, puesta de manifiesto, de imponer la obligación de solicitar el concurso a la persona física y mantener tras su conclusión con pasivo insatisfecho, que será lo más probable, la subsistencia de la deuda, frustra la finalidad que debe atribuirse al concurso como herramienta hábil para depurar o superar la insolvencia del deudor. No parece razonable que al deudor se le obligue a solicitar el concurso y tras su fracaso pueda verse sometido a nuevas ejecuciones individuales o condenado a ulteriores concursos. De este modo, el sistema impedía al deudor, tras ver liquidado todo su patrimonio realizable, comenzar de nuevo, recuperarlo para una actividad económica o evitar su estigmatización social. Pero, además, podía llevar consigo que el deudor, tras concluir el concurso, a fin de excluir su responsabilidad actuara a través de familiares o testaferros insolventes para continuar el ejercicio de la actividad económica que venía desarrollando,

favoreciendo situaciones de economía sumergida⁵²¹, lo que afectaría a las normas de competencia del mercado y perjudica a la Hacienda Pública como consecuencia de la evasión fiscal que lleva aparejada este tipo de actividad. En suma, la conclusión del concurso de las personas físicas, tal y como aparecía diseñado en nuestro derecho, comportaba perjuicios no solo para el deudor, sino que también podía producirlos para la sociedad en su conjunto.

Como vimos, deben tenerse en cuenta las recomendaciones 194, 195 y 196 de la Guía UNCITRAL sobre procedimientos de insolvencia, que aconsejan la introducción de mecanismos de exoneración de deudas a favor de los deudores honestos, que permitan recomponer su vida económica; o las iniciativas de la Unión Europea recogidas, entre otras, en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 5 de octubre de 2007, (Com (2007) 584 final) que tiene como enunciado: *“Superar el estigma del fracaso empresarial —Por una política que ofrezca una segunda oportunidad. Ejecución de la Asociación para el Crecimiento y el Empleo de Lisboa—*”, o el Informe del Grupo de expertos de la comisión Europea de enero de 2011 sobre: *“A second chance for entrepreneurs: prevention of bankruptcy, simplification of bankruptcy procedures and support for a fresh start”*, que contemplan el derecho del deudor a un fresh start. El legislador español, debía asumir, al fin, esas recomendaciones e introducir la exoneración de deudas del deudor persona física tras la conclusión del concurso o como consecuencia de ésta. Se trata, en suma, de asumir una situación fáctica: esas deudas, en la inmensa mayoría de los casos, no se van a pagar nunca, por lo que constata la realidad, pero evitando la marginación social que la subsistencia del principio de responsabilidad patrimonial universal puede comportar para el deudor permitiéndole un “fresh start”, un nuevo comienzo que le permita recomponer su vida económica⁵²².

⁵²¹ Así lo apunta RUBIO VICENTE, P.J.: “La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo: a propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas (asunto 671/2007-C 4, concurso sección 1ª)”. Op. Cit. Pág. 244.

⁵²² En la misma línea se posiciona el Draft del Banco Mundial de octubre de 2012 del grupo de trabajo sobre la insolvencia de las personas físicas, al que ya nos referimos anteriormente.

A favor de la introducción en España de algún mecanismo de exoneración del pasivo insatisfecho se posiciona un importante sector de la doctrina⁵²³, no obstante también hay autores que se han posicionado en contra⁵²⁴.

Los argumentos en contra de la introducción en España de la “*discharge*” o exoneración de deudas se basan, fundamentalmente, en cuatro consideraciones. De un lado, el riesgo de crear la figura del deudor o concursado profesional que consciente de la posibilidad de liberar sus deudas, asuma un endeudamiento desmesurado, sabiendo que no lo va a saldar. De otro, la incidencia negativa que una medida de este tipo produciría en el mercado crediticio. Tampoco debe desdeñarse el efecto desincentivador que una hipotética liberación de deudas produciría en las soluciones convencionales al concurso. Por último, se destaca el riesgo evidente de un importante efecto llamada, que generaría numerosos procedimientos de insolvencia con la finalidad de obtener la liberación de deudas y que serían inasumibles para nuestros juzgados y tribunales que ya soportan una carga de trabajo desmesurada. Analicemos a continuación cada uno de estos argumentos.

⁵²³ Entre otros, PULGAR EZQUERRA, J. “Concurso y consumidores en el marco del Estado social de bienestar”. Op. Cit. Pág. 73; ÁLVAREZ VEGA, M.I., “La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente”. Op. Cit. Pág. 558; COLINO MEDIAVILLA, J.L., “Concurso de consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges. (Comentario al auto de declaración de concurso voluntario de 29 de diciembre de 2004, del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona)”. Op. Cit. Pág. 230; COLINO MEDIAVILLA, J.L., “Concurso del Consumidor”. Op. Cit. Pág. 386; CUENA CASAS, M.: “Fresh start y mercado crediticio español y estadounidense, en RcP”. Op. Cit. Pág. 593; FERREIRA COLAÇO DA CONCEIÇÃO, A.F., “La insolvencia de los consumidores en el derecho positivo español y portugués. Retrato de una reforma inacabada”. Op. Cit. Pág. 559 y ss.; GARCÍA VICENTE, J.R., “¿Un régimen especial para el concurso del consumidor? Notas sobre la liberación de deudas pendientes”. Op. Cit. Pág. 163; GOZALO LÓPEZ, V.: “La protección de los consumidores en el procedimiento concursal”. Op. Cit. Pág. 295; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., “El sobreendeudamiento doméstico: Prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso”. Op. Cit. Pág. 209 y ss; PEÑAS MOYANO, B., “Concurso de Consumidores”. Op. Cit. Pág. 245; RUBIO VICENTE, P.J.: “La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo: a propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas (asunto 671/2007-C 4, concurso sección 1ª)”. Op. Cit. Pág. 250; TRUJILLO DÍAZ, I.J., “El sobreendeudamiento de los consumidores”. Op. Cit. Pág. 87; ZABALETA DÍAZ, M.: “La condonación de las deudas pendientes en el Derecho concursal alemán”. Op. Cit. Pág. 913.

⁵²⁴ FERNÁNDEZ CARRÓN, C.” El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas”. Op. Cit. Pág. 146 y ss.

1.- EL RIESGO DE DEUDORES OPORTUNISTAS

No creemos que la introducción de un instrumento de exoneración de deudas en nuestro derecho deba llevar aparejada, por si mismo, la aparición de deudores que asuman comportamientos irresponsables o se produzca una desatención generalizada de los créditos. Al contrario, en los ordenamientos jurídicos en los que existe esta figura, la concesión del beneficio va vinculada a la condición subjetiva de deudor de buena fe o del deudor honesto pero desafortunado, cualquier comportamiento como el descrito, impediría superar el test de buena conducta y, en consecuencia, acceder a la liberación. Además, si el deudor honesto es consciente de que solo siendo escrupuloso en el cumplimiento de sus obligaciones, no solo materiales, sino también formales, puede beneficiarse de la condonación de las deudas, se cuidará de observarlas y acudirá en tiempo hábil al concurso procurando su declaración temprana. Por el contrario, la inexistencia de beneficio alguno para el deudor puede producir el efecto contrario, pues consciente de que haga lo que haga va a quedar responsable de las deudas pendientes evitará la declaración de concurso o demorará en exceso su apertura, impidiendo cualquier solución negociada, condenando a los acreedores a cobrar de lo que resulte de una liquidación residual⁵²⁵. Tampoco debe olvidarse que, en orden a evitar abusos, los sistemas que reconoce este derecho establecen una limitación temporal a su concesión, de tal modo que reconocida en un procedimiento de insolvencia, no puede reconocerse de nuevo hasta transcurrido un plazo que oscila entre los cinco y diez años.

⁵²⁵ RUBIO VICENTE, P.J.: “La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo: a propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas (asunto 671/2007-C 4, concurso sección 1ª)”. Op. Cit. Pág. 244.

2.- EL IMPACTO EN EL SISTEMA FINANCIERO Y EL ENCARDECIMIENTO DEL CRÉDITO

En relación a la incidencia de esta figura en el mercado de crédito, no debería incidir de modo negativo, sino ejercer un influjo neutro, cuando no positivo⁵²⁶, téngase en cuenta que, en la mayoría de los casos, con o sin liberación, el deudor va a verse imposibilitado de pagar sus deudas. Por el contrario, la alternativa de una futura exoneración del pasivo tras la concesión del crédito estimulará un comportamiento más responsable en la concesión del mismo, mediante un adecuado análisis de la solvencia del deudor en línea con las exigencias del art. 14 de la Ley 16\2011, de 24 de junio de contratos de crédito al consumo⁵²⁷. La exoneración de deudas, por otro lado, hace a las entidades de crédito copartícipes de los efectos derivados de las situaciones de sobreendeudamiento que las mismas han contribuido a generar⁵²⁸.

En cuanto al riesgo de un encarecimiento del crédito como consecuencia de la introducción de la exoneración de deudas, se podría pensar que las entidades de crédito vendrían a cobrar por anticipado, vía intereses, lo que es posible que después no lleguen a cobrar. Ese riesgo es cierto, pero no debe ser así necesariamente y, en cualquier caso deriva del modo en el que se transmite la información crediticia en España. Se ha apuntado por algún autor⁵²⁹ las dificultades que existen en el Derecho español desde el punto de

⁵²⁶ *Ibídem.* Pág.238.

⁵²⁷ La cuestión es, no obstante, polémica, sobre todo dada la situación de crisis económica en que nos encontramos y las medidas de control establecidas sobre las entidades financieras. Vid. a este respecto VICENT CHULIÁ, F., “La Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, y la sociedad de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria”. RcP. La Ley, nº 18/2013. Pág. 23 y ss.

⁵²⁸ RUBIO VICENTE, P.J.: “La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo: a propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas (asunto 671/2007-C 4, concurso sección 1ª)”. Op. Cit. Pág. 238.

⁵²⁹ CUENA CASAS, M., a quien seguimos en este punto, en: “Fresh start y mercado crediticio español y estadounidense”. Op. Cit. Pág. 589; también destaca la importancia de los ficheros de solvencia positivos y los problemas para su uso en España TRUJILLO DÍAZ, I.J., “El sobreendeudamiento de los consumidores”. Op. Cit. Pág. 51 y ss.

vista de la protección de datos personales, para el flujo de información financiera de las personas físicas, lo cual constituiría un serio obstáculo al establecimiento de un correcto historial de crédito que permita a los deudores cumplidores aumentar su calificación y que esto tenga reflejo en el coste crediticio. El sistema debería ser diseñado para que sea posible una discriminación de precio del crédito en función del riesgo. No es razonable que en el ámbito del crédito al consumo un cliente de alto riesgo pague el mismo tipo de interés que uno de bajo riesgo. Ello a diferencia de lo que acontece en el sistema estadounidense.

Esta limitación en el sistema crediticio español en la que no hay objetivamente una clasificación que permita una discriminación de precio, puede suponer un importante obstáculo a la instauración del fresh start en España. Aunque la posibilidad de exoneración de deudas de un deudor insolvente no debería implicar un aumento de riesgo de impago por parte del deudor de buena fe, lo cierto es que restringe las posibilidades del acreedor de trabar bienes futuros del deudor.

Como se ha destacado⁵³⁰ el hecho de que en España no exista objetivamente una discriminación objetiva de precios en función del riesgo, aunque no impediría negociar con el cliente basándose en información financiera fiable, podría provocar que no se incrementara el coste del crédito dentro de la banda score, como sucede en Estados Unidos, sino que el aumento del coste se produjera a nivel general, lo cual provocaría una restricción del acceso al crédito. Por ello, limitar el principio de responsabilidad patrimonial universal, debe ir acompañado de un mayor flujo de información financiera positiva actual. Ello puede fomentar la competencia entre las entidades financieras que no solo pueden ofrecer mejores tipos a sus clientes (por ser conocidos), sino también al resto de nuevos clientes respecto de los cuales también podría tener acceso a su información y también suponer un control del sobreendeudamiento de los particulares. De este modo se evitaría

⁵³⁰ CUENA CASAS, M., en: "Fresh start y mercado crediticio español y estadounidense". Op. Cit. Pág. 592.

una restricción del crédito a nivel general, poco deseable en estos tiempos de crisis en los que el objetivo es generar actividad económica.

3.- EL RIESGO DE DESINCENTIVACIÓN DE LAS FÓRMULAS CONVENCIONALES

Otro argumento utilizado en contra de la instauración de un mecanismo de exoneración del pasivo insatisfecho en nuestro derecho es el relativo a la posibilidad de que esta figura impida que se alcancen convenios, ya que el deudor preferirá la liberación de deudas que alcanzar un convenio con sus acreedores⁵³¹. Sin embargo, creemos que esa es la realidad con la que nos encontramos en la situación actual en la que no existe la figura de la liberación de deudas en nuestro derecho. Para el deudor persona física, sobre todo el que no realiza una actividad económica, es muy difícil alcanzar un convenio con sus acreedores, entre otros motivos, porque la mayoría de ellos son acreedores profesionales que gozan de suficientes garantías para no tener necesidad de alcanzar acuerdo alguno con su deudor. Por otra parte, la subsistencia del principio de responsabilidad patrimonial universal tras la conclusión del concurso induce todavía más a los acreedores a no alcanzar un convenio, pues saben que tras la conclusión podrán iniciar acciones individuales contra el deudor y que una hipotética mejora de fortuna del deudor les permitirá cobrar un mayor porcentaje de su crédito. La liberación de deudas, permitiría, a nuestro juicio, invertir esa situación⁵³². Si los acreedores fueran conscientes de que el concurso de acreedores es la última oportunidad que tienen de cobrar su crédito, bien por la vía del convenio, bien por lo que resulte de la liquidación, serían, seguramente, más proclives a alcanzar un convenio, evitando así el horizonte de la exoneración de deudas y la extinción de su crédito.

⁵³¹ Así lo entiende FERNÁNDEZ CARRÓN, C." El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas". Op. Cit. Pág. 148 y ss.

⁵³² En este sentido RUBIO VICENTE, P.J.: "La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo: a propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas (asunto 671/2007-C 4, concurso sección 1ª)". Op. Cit. Pág. 244.

4.- EL “IMPREVISIBLE EFECTO LLAMADA” DE LOS MECANISMOS EXONERATORIOS DE RESPONSABILIDAD

También se ha invocado el riesgo de un efecto llamada en caso de que se llegara a instaurar la liberación de deudas en nuestro ordenamiento jurídico, lo que provocaría un colapso de los juzgados de lo mercantil, incapaces de asumir, dada la escasez de medios de los que disponen, el volumen de asuntos que se presenten⁵³³. Ciertamente ese riesgo es posible, sobre todo si nos fijamos en los que acaece en los países de nuestro entorno, en los que el concurso de la persona física es un instrumento muy utilizado. No obstante, puede ser minorado, si se deja claro a los deudores que el procedimiento no está pensado para cualquier tipo de deudor, sino solo para quien es merecedor del beneficio, es decir el deudor de buena fe, que no ha contribuido, en modo alguno a la situación de insolvencia. Por otra parte, debe quedar claro que la liberación de deudas no se produce a coste cero. Al contrario, la exoneración será el final de un proceso que deberá llevar aparejados importantes sacrificios a sus beneficiarios, entre ellos la liquidación de sus bienes y el establecimiento de un periodo de buena conducta o control, sometido a restricciones, tendente a asegurar el pago de un porcentaje, aunque sea pequeño de los créditos concursales. Es importante transmitir la idea de que la liberación de deudas no debe ser la solución al concurso sin masa. Si fuera así los deudores esperarían al último momento para formular la solicitud y sin esfuerzo alguno obtendrían la ventaja de la remisión de sus deudas. Esa no puede ser la solución, el deudor debe anticiparse a la situación y formular la solicitud en tiempo hábil para poder satisfacer parte de la deuda⁵³⁴.

El previsible “*efecto llamada*” se vería mitigado, por otra parte, por la instauración de un procedimiento extremadamente simplificado, al menos para el deudor persona física que no ejerce ninguna actividad económica⁵³⁵. El

⁵³³ Ibídem. Pág. 246.

⁵³⁴ Se trata de evitar así los criticados “planes cero” que se han dado en Alemania, permitiendo al deudor liberarse de sus deudas sin ofrecer nada a cambio. Ello no impediría que se pudieran considerar situaciones excepcionales, motivadas por situaciones absolutamente imprevistas para el deudor.

⁵³⁵ A favor de un procedimiento específico para los consumidores se han pronunciado entre otros ALONSO LEDESMA, C. “Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar: Propuestas de regulación en el procedimiento concursal”, en “Endeudamiento del consumidor e

empresario individual, o el profesional, por las peculiaridades de la actividad económica que ejerce si podría someterse al procedimiento ordinario o abreviado del concurso. Para el que no ejerce esa actividad el procedimiento concursal, tal y como está concebido actualmente, incluso en su modalidad abreviada, es demasiado complejo. Ese nuevo procedimiento aplicable al deudor persona física que no ejerce actividad económica alguna debería estar atribuido a la jurisdicción mercantil y regularse en el seno de la Ley Concursal⁵³⁶. Consideramos que el principio de unidad jurisdiccional y de unidad de disciplina justifica que el conocimiento de la insolvencia de la persona física se atribuya a los jueces de lo mercantil y no salga de ese ámbito. La existencia de unos principios y categorías comunes a la situación de insolvencia, como es el propio presupuesto objetivo, la calificación o clasificación de créditos o los efectos del concurso que se aplicarán de modo similar a todo tipo de deudor, hace necesario que el conocimiento de este procedimiento siga atribuyéndose a los órganos judiciales que hasta ahora vienen tramitando todos los procedimientos concursales. Este procedimiento no es incompatible con el establecimiento de procedimientos extrajudiciales de reestructuración de pasivo atribuidos a los notarios o a las juntas arbitrales de consumo, pero en caso de que no tengan éxito será necesario acudir al juez mercantil a fin de tramitar el correspondiente procedimiento en el que se podrá obtener la exoneración del pasivo insatisfecho en el proceso concursal.

5.- PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

El procedimiento especial para este tipo de deudor, que a estos efectos denominaremos consumidor, podría iniciarse con un modelo normalizado y sin necesidad de abogado y procurador. Limitándose a indicar sus datos personales, relatar las causas de su insolvencia, identificar sus acreedores e importe de sus créditos y adjuntar un inventario de sus bienes. El juez admitiría

insolvencia familiar”. CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIIVILLA, J.L. Coord. Cizur Menor, 2009. Pág. 464 y ss.; COLINO MEDIIVILLA, J.L., “Tratamiento de la crisis patrimonial del consumidor: ¿Procedimiento colectivo extrajudicial preconcursal, procedimiento colectivo preventivo o procedimiento concursal especial?”, Op. Cit. Pág. 452 y ss.

⁵³⁶ BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: “Insolvencia de las familias en la Ley Concursal española”. Op. Cit. Pág. 209.

la solicitud y declararía el concurso si concurren los requisitos legales, nombrando un administrador concursal. A partir de ahí, correspondería al administrador concursal verificar y confirmar la lista de acreedores y el inventario de la masa activa, fijar los alimentos, e intentar que el deudor y los acreedores alcanzaran un acuerdo. Si se alcanza lo elevaría al juez para su homologación judicial con los efectos de un convenio concursal. En otro caso propondría un plan para la liquidación del patrimonio del deudor y un informe sobre la posibilidad de conceder el beneficio de la liberación de deudas, que no será posible si propone una calificación culpable del concurso.

El Juez oídas las partes aprobará el plan de liquidación y resolverá sobre la calificación del concurso y la concesión o no del beneficio de la exoneración de deudas. Liquidados los bienes, calificado el concurso y concedido o no el beneficio se concluiría el concurso, sin perjuicio de los efectos que se produjeran como consecuencia de esa exoneración.

Como puede apreciarse la intervención del juez es mínima y sólo en los momentos en los que debe adoptarse alguna resolución de índole jurisdiccional. El peso del procedimiento recae en el administrador concursal. Dado que no interviene abogado, ni procurador y que las publicaciones son gratuitas, el único gasto que se genera es el del administrador concursal. Dada la falta de complejidad de los asuntos que se ventilen por este procedimiento, consideramos que debería establecerse una cantidad fija en concepto de honorarios y arbitrarse una lista especial de administradores concursales que quisieran desarrollar esta función. El coste debería ser asumido por el deudor, pero si gozara del beneficio de justicia gratuita sería asumido por el Estado, que ya se ha ahorrado el coste del abogado y procurador, cuya intervención solo sería necesaria si el deudor quisiera recurrir en apelación algunas de las resoluciones del Juez del concurso. De este modo, los créditos contra la masa, al menos los derivados del procedimiento concursal, se minimizan, debiendo estar garantizado su abono para poder acceder al beneficio de la liberación de deudas.

En este tipo de procedimientos debería contemplarse la posibilidad de suspender las ejecuciones hipotecarias, estén o no los bienes afectos a una actividad profesional o empresarial, en los términos del art. 56 LC, en orden a facilitar una solución global a la situación de insolvencia del deudor mediante una reestructuración convencional de la deuda que le permitiera la conservación de su vivienda⁵³⁷.

En cuanto al modelo de exoneración de deudas que podría incluirse en nuestro derecho consideramos que solo debería aplicarse al deudor de buena fe o como se ha venido a denominar *“deudor honesto pero desafortunado”*. La liberación de deudas es un instrumento excepcional y solo debe ser de aplicación en supuestos especialmente graves y a quien ha puesto cuanto estaba de su parte para enmendar esa situación. Es por ello que para acceder al beneficio deberá superarse el *“test de discharge”*, quedando excluidos los supuestos de concurso culpable; así como quienes hubieran incumplido el deber de solicitar el concurso, aunque no de lugar a la calificación culpable del mismo; los incursos en alguno de los supuesto del art. 105.1 LC⁵³⁸; quienes hubieran incumplido los deberes de colaboración que les impone durante la tramitación del concurso el art. 42 LC; así como aquellos que hayan sido declarados personas afectadas por la calificación culpable de otro concurso o condenados como consecuencia del ejercicio de una acción de responsabilidad de administradores sociales⁵³⁹. Tampoco debería concederse la liberación de deudas a quien ya hubiera obtenido ese beneficio dentro de los diez años anteriores. Este requisito que, como vimos, existe en las

⁵³⁷ Como dice CUENA CASAS, M., “Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: intentos de regulación y ninguna solución”. Op. Cit. Pág. 104, esta medida no supone la pérdida de la garantía sino solo una suspensión temporal de la ejecución. El tiempo de espera es solo de un año, siendo dudoso que antes se haya abierto la liquidación y aunque ello ocurriera los costes de ejecución los soporta el concurso, por lo que esa paralización no comportaría un gran padecimiento para el deudor hipotecario.

⁵³⁸ Dispone el art. 105 que: *“1. No podrá presentar propuesta anticipada de convenio el concursado que se hallare en alguno de los siguientes casos:*

1º Haber sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores. En caso de deudor persona jurídica, se dará esta causa de prohibición si hubiera sido condenado por cualquiera de estos delitos, alguno de sus administradores o liquidadores, o de quienes lo hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio.

2º Haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales”.

⁵³⁹ Arts. 236, 238, 241 y 367 LSC

legislaciones que, de un modo u otro, reconocen la liberación o exoneración de deudas, tiene por objeto evitar que este beneficio se convierta en un instrumento recurrente, que de lugar a concursados profesionales que abusan del concurso y de sus soluciones a fin de liberarse de su responsabilidad, en perjuicio de sus acreedores.

Con respecto al ámbito subjetivo, obviamente, solo afectaría a la persona física, ya que la jurídica se extingue como consecuencia de la conclusión, pero sin distinción de su condición, siendo indiferente que realice o no una actividad económica. Los problemas que plantea el concurso de la persona física y su falta de soluciones son sustancialmente iguales en un caso o en otro, por lo que es razonable que ambos se beneficien de esta solución⁵⁴⁰.

En lo que atañe al ámbito objetivo, existen determinadas deudas que no quedarían exoneradas tras la concesión del beneficio. Entre ellas deberían encontrarse las que gocen de garantía real⁵⁴¹, pero siempre hasta el límite de la garantía, pues de otro modo el instituto de la liberación de deudas carecería de sentido. En cualquier caso la subsistencia de dichas deudas debería ser residual, puesto que la liberación de deudas es un efecto de la conclusión del procedimiento concursal en el que se habrán liquidado los bienes del deudor y por tanto realizado los bienes garantizados, bien separadamente, o en la propia liquidación, ya que la apertura de la liquidación comporta la pérdida del derecho a la ejecución separada, tal y como establece el art. 57 LC, por lo que la deuda subsistente tendrá la consideración de crédito ordinario.

⁵⁴⁰ A favor de reconocer el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho a todo tipo de deudores personas físicas se pronuncian, entre otros, GARCÍA VICENTE, J.R., “¿Un régimen especial para el concurso del consumidor? Notas sobre la liberación de deudas pendientes”. Op. Cit. Pág. 205 y ss.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., “El sobreendeudamiento doméstico: Prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso”. Op. Cit. Pág. 212; RUBIO VICENTE, P.J.: “La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo: a propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas (asunto 671/2007-C 4, concurso sección 1ª)”. Op. Cit. Pág. 248. Sin embargo, no faltan autores que defiende su aplicación solo a quienes realizan una actividad económica. En este sentido ZABALETA DÍAZ, M.: “La condonación de las deudas pendientes en el Derecho concursal alemán”. Op. Cit. Pág. 913.

⁵⁴¹ Así lo entiende GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., “El sobreendeudamiento doméstico: Prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso”. Op. Cit. Pág. 222.

Tampoco debería extenderse a las deudas alimenticias⁵⁴², de carácter asistencial y en las que la obligación que subyace trasciende del ámbito del derecho de obligaciones, concerniendo a las relaciones de solidaridad y asistencia mutua innatas a las obligaciones familiares. No deberían verse afectados por tal medida los créditos derivados de una obligación extracontractual ya que no derivan de una relación obligatoria de carácter voluntario.

Más dudas surge la exclusión de las deudas derivadas de sanciones y de obligaciones tributarias. Respecto de las primeras porque si existen, será en muchos casos prueba de la mala fe del deudor lo que justificará la privación del beneficio de la liberación de deudas y, en otro caso, no parece razonable, que las deudas de carácter sancionatorio tengan la calificación de créditos subordinados conforme a lo establecido en el art. 92.4 LC y, en cambio, tras la conclusión del concurso tengan mejor trato que los créditos concursales ordinarios o, incluso, que los privilegiados. En cuanto a la segundas, la naturaleza pública del crédito no parece motivo suficiente para conferirles un trato singular en relación a los restantes créditos que se extinguirán tras la conclusión del concurso⁵⁴³.

En cualquier caso, el efecto exoneratorio no deberá extenderse a los garantes, fiadores u obligados solidarios del deudor, manteniendo el acreedor incólumes sus acciones frente a estos coobligados, puesto que el carácter excepcional del instrumento de la liberación de deudas comporta su aplicación restrictiva, sin que pueda extenderse a sujetos distintos de sus beneficiarios, debiendo, en cuanto sea compatible, mantenerse las garantías constituidas para asegurar la efectividad del crédito. No debe olvidarse que la liberación de deudas cumple una función tuitiva o asistencial del deudor honesto, permitiéndole una nueva oportunidad en orden a recomponer su vida económica. La extinción de la deuda no es el objetivo primario de la liberación

⁵⁴² Estas deudas, como ya se ha visto, quedan excluidas del beneficio en los países en los que se reconoce este derecho.

⁵⁴³ Así lo entienden GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., "El sobreendeudamiento doméstico: Prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso". Op. Cit. Pág. 212 y RUBIO VICENTE, P.J. "A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso". Op. Cit. Pág.159.

de deudas, si bien es un efecto necesario o inescindible de la misma, que debe compatibilizarse con la posibilidad de satisfacción del crédito por terceros no merecedores de tal beneficio⁵⁴⁴.

A diferencia de lo que acontece en algunos ordenamientos como el norteamericano o el francés, en el que solo existe un control “*ex ante*”, deberíamos seguir otros sistemas, como el alemán o el portugués en el que también existe un control “*ex post*”, para evitar dar la impresión de que la liberación de deudas opera de modo automático o gratuito⁵⁴⁵. Esos requisitos comportan el establecimiento de un periodo posterior a la concesión del beneficio de alrededor de cinco años, durante el cual el deudor debe observar unas pautas de buena conducta. La concesión del beneficio de la exoneración o liberación de deudas sería, por tanto, provisional; no obstante, durante este periodo no podría iniciarse acción ejecutiva alguna por parte de los acreedores en orden a cobrar sus créditos. Durante este periodo de buena conducta el deudor deberá encontrar trabajo o realizar algún tipo de actividad económica o justificar que no ha podido hacerlo por causas que no le son imputables; no podrá realizar conducta alguna que pudiera dar lugar a la denegación del beneficio, pues podría comportar su revocación; deberá durante ese periodo abonar un porcentaje de la deuda, aunque sea pequeño, salvo que se acredite cumplidamente la ausencia de ingresos embargables. Ciertamente, como el beneficio de la liberación de deudas implica la liquidación de los bienes del

⁵⁴⁴ Así lo entiende RUBIO VICENTE, P.J. “A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso”. Op. Cit. Pág. 160. Quien matiza que debe haber una correlativa declaración de liberación respecto a los acreedores en vía de regreso. Sería absurdo y difícilmente justificable que se declarase la exoneración y consiguiente extinción respecto a la deuda principal garantizada, y subsista sin embargo la deuda del concursado respecto al garante, postura que compartimos.

⁵⁴⁵ A favor de la introducción en nuestro derecho de un sistema de exoneración de deudas basado, en mayor o menor medida, en el derecho alemán se pronuncian, entre otros: entienden PULGAR EZQUERRA, J. “Concurso y consumidores en el marco del Estado social de bienestar”. Op. Cit. Pág. 70; ÁLVAREZ VEGA, M.I., “La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente”. Op. Cit. Pág. 556; COLINO MEDIAVILLA, J.L., “Concurso de consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges. (Comentario al auto de declaración de concurso voluntario de 29 de diciembre de 2004, del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona)”. Op. Cit. Pág. 230; GOZALO LÓPEZ, V.: “La protección de los consumidores en el procedimiento concursal”. Op. Cit. Pág. 295; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., “El sobreendeudamiento doméstico: Prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso”. Op. Cit. Pág. 211 y ss.; PEÑAS MOYANO, B., “Concurso de Consumidores”, en RcP. La Ley, nº 8. Pág. 245; RUBIO VICENTE, P.J. “A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso”. Op. Cit. Pág. 163.

deudor, parte de la deuda, seguramente, ya se habrá satisfecho, no obstante, el mantenimiento de esta obligación tras la conclusión del concurso evita generalizar la opinión de que la liberación de deudas es a coste cero, ya que, en la medida de lo posible, debe establecerse un sistema equilibrado que tenga en cuenta los intereses del deudor honesto y su derecho a recomponer su vida económica, pero que no deje desatendidos los intereses de los acreedores. Para lograr este objetivo, al igual de lo que acontece en los ordenamientos alemán y portugués, el deudor debería ceder sus rentas disponibles al administrador concursal que realizaría los pagos a los acreedores, si bien para aligerar costes podría asumir ese compromiso el propio deudor y justificarlo posteriormente al administrador.

El control durante esta fase se encomendaría al administrador concursal quien debería poner en conocimiento del Juez del concurso cualquier incidencia que pudiera dar lugar a la revocación del beneficio. Es en este punto donde cobraría importancia el papel de los acreedores como sujetos interesados en controlar que el deudor cumple con todas sus obligaciones, ya que la liberación de deudas debe ser susceptible de revocación. En efecto, si durante el periodo de buena conducta el deudor incumpliera alguna de sus obligaciones o incurriera en alguna de las situaciones que impedirían la concesión del beneficio o se comprobara que había estado incurso en alguna de ellas con anterioridad, debería arbitrarse, a instancia del administrador concursal o de los acreedores, un procedimiento ante el juez del concurso para la revocación del beneficio de la exoneración.

Transcurrido el periodo de buena conducta, si el deudor ha cumplido con todas sus obligaciones y, en consecuencia, no hay causa alguna que justifique la revocación del beneficio, el administrador concursal emitiría un informe favorable y, previa audiencia a los acreedores, el juez acordará la remisión definitiva de la deuda pendiente. En consecuencia el deudor quedará liberado de sus deudas anteriores al concurso, hayan sido o no insinuadas en el concurso, aunque venga a mejor fortuna, no pudiendo los acreedores iniciar ejecuciones para intentar cobrar esas deudas. Sin embargo, la constatación durante el año posterior a la concesión del beneficio de alguna de las

circunstancias que hubieran impedido su concesión definitiva, debiera legitimar a cualquier acreedor concursal a solicitar del juez que hubiera tramitado el concurso la revocación de la liberación de deudas.

La introducción en nuestro derecho de un sistema de estas características, equilibrado y dotado de las suficientes garantías, evitaría situaciones de abuso y permitiría establecer una situación de equilibrio respecto al deudor persona jurídica que hasta ahora, a diferencia de lo que acontece en otros países, no se daba en nuestro derecho. La “*discharge*”, como se ha analizado, permite al deudor persona física recomponer su vida económica y dota de sentido al concurso de la persona física que ahora sí que servirá para superar su situación de insolvencia.

Esta situación, como ya hemos indicado, se ha visto modificada por la introducción en nuestro derecho, a través de la Ley 14/2013, de instrumentos de exoneración de deudas a favor del concursado persona física, por lo que procederemos a continuación a analizar la regulación que nuestro derecho positivo hace de esta figura.

II EL MODELO ESPAÑOL DE EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO

1.- LA COEXISTENCIA DE MECANISMOS EXONERATORIOS PARA PERSONAS FÍSICAS Y EMPRESARIOS

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, ha venido a introducir en nuestro derecho mecanismos de exoneración del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso (*discharge*) superándose así lo que ha venido a denominarse “*anacronismo*” del modelo español en el que no se regulaban mecanismos de este tipo constituyendo un nuevo elemento de “*forum shopping*”, que incentivaba al deudor a someterse a jurisdicciones que en el ámbito del derecho de insolvencia le eran más ventajosas. Ello, además, contrastaba con lo que acontecía en el marco del Derecho norteamericano y europeo, en el que, desde los años sesenta del pasado siglo, se configuraron progresivamente mecanismos legales de exoneración del pasivo insatisfecho para la persona física⁵⁴⁶, con la finalidad, como ya hemos analizado, de permitir una “*segunda oportunidad*” (*second chance*) al deudor persona física, así como su recuperación para la vida económica.

La regulación que se hace en nuestro derecho respeta el principio de unidad subjetiva que, desde la Ley 22/2003, rige en nuestro derecho concursal, de tal modo que, a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos⁵⁴⁷ en los que la insolvencia del consumidor se regula al margen del proceso concursal, reservándose éste para quien realiza una actividad económica, nuestro sistema opta por someter a la persona física, con independencia de

⁵⁴⁶ PULGAR EZQUERRA, J.: “Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad”. Op. Cit., y más ampliamente en “Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar”, Op. Cit. Pág. 43 y ss.

⁵⁴⁷ Como es el caso del Derecho Francés o del Derecho Italiano. En Francia la insolvencia del consumidor se regula por el Code de Consommation (Código francés de consumidores) y el comerciante o empresario se somete al Código de Commerce. En Italia el empresario ve regulada su insolvencia por la Legge Fallimentare, en tanto que el pequeño comerciante y el consumidor se someten a la Ley 3/2012 de 27 de enero, modificada por DL nº 179 de 18 de octubre de 2012.

que realice o no una actividad económica, a un mismo régimen de insolvencia, si bien podemos encontrar algunas especialidades en función de la condición del deudor⁵⁴⁸.

Así, frente al ámbito de aplicación general con el que se establece en el art. 178.2 LC un mecanismo exoneratorio del pasivo insatisfecho, en el art. 242.2.5 LC se contiene un régimen especial para el empresario persona física que haya intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, al que se remite el propio art. 178.2 LC.

Dispone el art. 178.2 LC, en su redacción dada por la Ley de emprendedores 14/2013, que: *“La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados”*.

Por su parte el art. 242.2. LC, en relación al concurso consecutivo, incoado como consecuencia del fracaso de un acuerdo extrajudicial de pagos, establece que: *“En el caso de deudor empresario persona natural, si el concurso se calificara como fortuito, el juez declarará la remisión de todas las deudas que no sean satisfechas en la liquidación, con excepción de las de Derecho público siempre que sean satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados”*.

En el art. 178.2 LC se establece la regla general, de tal modo que la conclusión del concurso de la persona natural, con independencia de su

⁵⁴⁸ Se adscribe así nuestro sistema, al seguido por el Derecho Alemán o el Portugués. En el Derecho Alemán la insolvencia se regula para todo tipo de personas en la Insolvenzordnung. En el caso del Derecho Portugués se regula en el Código de la Insolvencia y de la Reestructuración de Empresas.

condición empresarial, como consecuencia de la conclusión de la fase de liquidación llevará aparejada la remisión de las deudas insatisfechas si se dan las circunstancias previstas en el citado precepto.

No obstante, el empresario persona natural que haya intentado sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos se beneficia de algunas especialidades, como es la no necesidad de satisfacer el veinticinco por ciento del pasivo ordinario pendiente para beneficiarse de la exoneración del pasivo⁵⁴⁹, aún cuando debe resaltarse que a la referida vía no puede acceder el deudor persona física que no ejerza una actividad económica ya que está vinculada al intento de un acuerdo extrajudicial de pagos.

Como vimos, la posibilidad de alcanzar el acuerdo se reconoce, según el art. 231 al empresario persona natural, entendiéndose por tal no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos.

El empresario persona natural es quien en nombre propio y por si o por medio de otro ejerce organizada y profesionalmente una actividad económica dirigida a la producción o a la mediación de bienes o servicios para el mercado. Distinta de la figura del empresario individual es la del profesional con título habilitante para el ejercicio de una determinada profesión, como pueden ser los abogados, médicos o arquitectos. Junto a ellos el texto legal hace referencia al autónomo, que no es sino la personas física que realiza de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial⁵⁵⁰. En realidad la expresión autónomo hace referencia a un régimen de afiliación a la Seguridad Social, dado que al no ser trabajadores por cuenta ajena, son ellos mismos los que asumen sus obligaciones en relación a la

⁵⁴⁹ Ventaja que, como se analizará, resultará compensada con la obligación de satisfacer los créditos públicos que no quedan exonerados por esta vía.

⁵⁵⁰ Art. 1º de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

Seguridad Social. Es por ello que en su ámbito, podrán encuadrarse no solo empresarios individuales y profesionales, sino también personas que ejerzan algún tipo de actividad económica por cuenta propia y sin revestir ninguna de las formas anteriormente descritas.

Por consiguiente, de conformidad con el art. 231.1 LC, las personas físicas que ejercen una actividad económica productiva, de carácter profesional o empresarial, o se encuentren dados de alta como autónomos, que se encuentren en situación de insolvencia actual con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2.2 LC, o prevean que no podrán cumplir regularmente con sus obligaciones (insolvencia inminente ex art. 2.3 LC), podrán optar por la vía del acuerdo extrajudicial de pagos, siempre que su pasivo, según el balance que aporten, no supere los cinco millones de euros. Quedan, por tanto, excluidos, del ámbito del acuerdo extrajudicial de pagos, los consumidores en quienes no se den las circunstancias descritas.

Quienes en modo alguno pueden acceder a este mecanismo exoneratorio son las personas jurídicas, pues el efecto que en relación a las mismas produce la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho es, según dispone el art. 178.3 LC, su extinción. Ello conlleva la desaparición de la legitimación pasiva, lo que impide que puedan ser demandados y se pueda formular frente a las mismas reclamación alguna, lo que, de facto, comporta una exoneración del pasivo insatisfecho que, como analizamos en otro apartado del presente trabajo, denominamos impropia, condicionada, eso sí, a la no aparición de nuevos bienes que determinen la reapertura del concurso conforme a lo dispuesto en el art. 179.2 LC.

Una vez determinado el ámbito subjetivo del precepto procede entrar a analizar cuáles son los requisitos exigibles para que el deudor pueda beneficiarse de la liberación de deudas, ya que este mecanismo conecta con la figura del *“deudor honesto pero desafortunado”*, por lo que debe someterse a un control de las condiciones que en el concurren (*test de discharge*), en orden a valorar su idoneidad. De nuevo en nuestro derecho debe distinguirse entre el deudor persona física, cualquiera que sea su condición, que acude directamente al concurso y al que se le aplica el art. 178.2 LC, y el empresario

natural que haya intentado un acuerdo extrajudicial de pagos y que, por tanto, optaría por el mecanismo exoneratorio ex art. 242.2.5 LC.

En el primer caso los requisitos, a diferencia de lo que acontece en los sistemas de derecho comparado que regulan esta figura, son bastante escasos. Por un lado, se exige que el concurso no haya sido declarado culpable, expresión que comprende tanto los casos en que se dicte sentencia calificando el concurso como fortuito, como aquellos en los que por coincidir la Administración concursal y el Ministerio Fiscal en la calificación fortuita del concurso se archiva la sección por aplicación del art. 170.1 LC, ya que técnicamente no hay calificación culpable. El requisito es razonable, ya que no puede permitirse liberarse de sus obligaciones a quien ha contribuido de modo decisivo en la generación o agravación de su propia insolvencia, que es lo que, en definitiva, se dilucida en la sección de calificación. De otro lado, se contempla un requisito con fundamento equivalente, como es que el deudor no hay sido condenado por el delito previsto por el artículo 260 CP, relativo a insolvencias punibles, o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso.

El art. 260 CP establece que: *“1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses. 2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior. 3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas”*.

El problema surge al determinar qué quiere decir la expresión *“cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso”*. Podría entenderse que se refiere a cualquier delito relacionado con el concurso en general, lo que incluiría tanto los delitos del Capítulo VII del Título XIII del Libro II del Código

Penal, que regulan las insolvencias punibles, como cualquiera de los demás delitos contra el patrimonio y el orden socio económico regulados en el mismo Título XIII. Ahora bien, dado el elemento “ético” al que debe condicionarse la concesión del beneficio de la exoneración de deudas, podría entenderse que la expresión “*delito singularmente relacionado con el concurso*” abarca también todas las conductas que de un modo u otro pueden haber influido en la insolvencia del deudo. En este ámbito se situarían los delitos contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social regulados en el Título XIV, los delitos contra los trabajadores del Título XV o las falsedades del Título XVIII, a los que, de otro lado, se alude en el art. 105.1 LC, en relación al convenio anticipado, así como en el art. 231.3.1 LC en relación a los requisitos para la admisión a trámite del acuerdo extrajudicial de pagos. Pero junto a ellos, también podrían incluirse otros delitos que, aparentemente no guardan relación con la insolvencia del deudor, pero que revelan conductas censurables desde el punto de vista ético como puede ser la condena por impago de pensiones del art. 227 CP, u otros equivalentes, que pueden haber generado créditos que en muchos casos podrán ser objeto de liberación, como veremos más adelante⁵⁵¹.

El art. 178.2 LC exige que el deudor haya sido condenado, lo que suscita la cuestión relativa a la posibilidad de concluir el concurso estando pendiente la tramitación del proceso penal por alguna causa que permitiría denegar el beneficio de la exoneración, sobre todo si se atiende a lo dispuesto en el art. 189.1 LC que no contempla la prejudicialidad penal como causa de suspensión del procedimiento del concurso y no contemplarse en la Ley Concursal española una causa expresa como la del art. 142.6 L. Fall, en virtud de la cual: “*Si se estuviera tramitando un proceso penal por cualquiera de estos delitos, el Tribunal suspenderá el proceso hasta la resolución del proceso penal*”⁵⁵².

⁵⁵¹ En este sentido acuerdo II.6 de la Reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de apoyo a emprendedores, sobre cuestiones concursales de 11 de octubre de 2013 disponible en <http://www.economistas.org/Contenido/REFor/AcuerdoUnifcazCriteriosLeyEmprendedoresJuecesMadoct2013.pdf>.

⁵⁵² En otros sistemas la condena posterior es causa de revocación del beneficio de la liberación de deudas, como acontece en el Derecho Portugués tal y como se prevé en los arts. 243.1, ap. b), 244.2, y 246.1 del CIRE.

Solución razonable que evitaría que por esta vía puedan beneficiarse de la exoneración del pasivo insatisfecho quienes no lo merecen.

Como solución podría argumentarse que el art. 189.1 LC contempla la regla general de no suspensión en relación a la normal tramitación del procedimiento pero no así en relación a su conclusión. Esta laguna legal nos permitiría acudir al derecho procesal supletorio (disp final quinta LC), esto es a la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contempla en su art. 40 la suspensión del proceso civil por prejudicialidad penal cuando la causa penal tenga una relevancia decisiva en alguna de las pretensiones de la causa civil, como es la liberación de deudas, y el pleito civil esté pendiente exclusivamente de sentencia, a lo que equivaldría la resolución que pone fin al proceso concursal, lo que permitiría suspender el proceso concursal hasta que concluyera el proceso penal.

A los efectos de valorar la concurrencia de esta causa de exclusión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubieran podido serlo conforme a lo establecido en los arts. 136 y 137 CP.

Otras circunstancias, como son el retraso en la solicitud del concurso o la falta de colaboración del concurso, que en otros sistemas de derecho comparado constituyen causa objetiva de exclusión del beneficio de la exoneración de deudas, en nuestro derecho solo se contemplan desde la perspectiva de la calificación culpable del concurso en el art. 165.1 y 2 LC constituyendo presunciones “*iuris tantum*” que, en todo caso, deben haber dado lugar a la generación o agravación de la insolvencia del deudor, pero que no se consideran de un modo autónomo.

Tampoco el requisito temporal de no haberse beneficiado de la liberación de deudas en un plazo determinado, que en el derecho comparado oscila entre cinco y diez años, se contempla en el art. 178.2 LC como requisito que impida al deudor obtener la exoneración de su deudas, siendo admisibles, al menos en teoría, sucesivas declaraciones de concurso que permitan a su conclusión, si se dan los requisitos del art. 178.2 LC, una nueva remisión de deudas.

Para el empresario persona natural que haya intentado sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos los requisitos son algo más exigentes, no tanto para el reconocimiento de la “*discharge*”, como para acceder al procedimiento que desembocará en ese acuerdo extrajudicial de pagos.

En efecto, en el art. 231.3 LC se establece que: *“No podrán formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial: 1.º Quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores.*

2.º Los sujetos a su inscripción obligatoria en el Registro Mercantil que no figurasen inscritos con antelación.

3.º Las personas que en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud, estando obligadas legalmente a ello, no hubieren llevado contabilidad o hubieran incumplido en alguno de dichos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.

4.º Las personas que, dentro de los tres últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores”.

Por su parte en el art. 231.4 LC se establece: *“No podrán acceder al acuerdo extrajudicial de pagos quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite”.*

Se trata de requisitos de carácter objetivo, cuya constancia, fácilmente comprobable, determinará la inadmisión de la solicitud y, en consecuencia, la imposibilidad de obtener la exoneración de deudas, aunque no excluye la solicitud de concurso y su obtención por la vía del art. 178.2 LC. De estos requisitos, el relativo a la condena ex delicto regulado el art. 231.3.1 ya se contempla, como hemos visto, aun cuando con distinta redacción, en el art. 178.2 LC. Los requisitos contemplados en los apartados 2 y 3 del art. 231.3 LC

tienen que ver con las obligaciones de registro y contabilidad que se imponen y que debe observar un ordenado comerciante. La referencia contenida en el apartado 4 del art. 231.3 LC al previo acuerdo extrajudicial alcanzado, acuerdo de refinanciación homologado o declaración de concurso de acreedores constituye una pieza de cierre del sistema que pretende evitar el recurso abusivo al sistema que podría constituir un síntoma de mala gestión o de un abuso del mismo. Por último, el requisito del art. 231.4 LC del que deriva una relación alternativa entre acuerdo extrajudicial de pagos, acuerdo de refinanciación o concurso de acreedores, perseguiría como principio de política jurídica evitar una duplicidad de procedimientos.

Aunque el art. 242.2.5 LC exige para que pueda operar la liberación de deudas que el concurso haya sido calificado fortuito, en contraste con el art. 178.2 LC que alude a la no calificación culpable del concurso, no parece que deba exigirse una sentencia de calificación en tal sentido, bastando el archivo de la sección sexta, en los términos del art. 170.1 LC, por haber calificado fortuito el concurso tanto la administración concursal como el Ministerio Fiscal. En efecto, no parece razonable que tenga un mejor trato quien ha debido someterse a un juicio para delimitar su responsabilidad, que quien desde el inicio ha quedado exonerado de cualquier responsabilidad en la generación o agravación de la insolvencia.

En suma, nuestro derecho establece un nivel relativamente bajo de requisitos para que el deudor pueda acceder a la exoneración de deudas. Para el concursado, frente a lo que acontece en otras legislaciones, es relativamente fácil superar el “*test de discharge*”⁵⁵³, aunque es previsible que haya más peticiones de calificación culpable del concurso para evitar este efecto. Tal vez esta laxitud puede compensarse, de algún modo, con los requisitos objetivos a los que en nuestro modelo se condiciona la exoneración del pasivo insatisfecho que, al menos en una primera aproximación, parecen más estrictos que los regulados en otros modelos de derecho comparado.

⁵⁵³ PULGAR EZQUERRA, J.: “Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad”. Op. Cit.

2.- PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA EXONERACIÓN DE DEUDAS

2.1.- Los créditos que han de ser satisfechos

Analizados los presupuestos subjetivos de la exoneración del pasivo insatisfecho en nuestro derecho, debemos examinar ahora los presupuestos y requisitos de carácter objetivo, estableciéndose en este punto, de nuevo, diferencias entre el régimen general de exoneración ex art. 178.2 LC y el del empresario persona natural que haya intentado sin éxito un acuerdo extrajudicial de deudas sobre la base del art. 242.2.5 LC.

Las legislaciones que contemplan mecanismos de exoneración de deudas del deudor insolvente, suelen establecer una categoría de deudas excluidas, la obligación de haber satisfecho un porcentaje determinado de los créditos, o el sometimiento a determinadas obligaciones o condiciones coetáneas o posteriores a la conclusión del procedimiento. En nuestro derecho no se contiene en el art. 178.2 LC una categoría de deudas excluidas, ni se somete a control alguno al deudor, pero si se contiene la exigencia de pago íntegro de determinados créditos. En efecto, en dicho precepto se exige que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el veinticinco por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.

La expresión créditos privilegiados comprende tanto los créditos con privilegio especial como los créditos con privilegio general. Ello suscita, en relación a los créditos con privilegio especial, qué se entiende por pago íntegro y ello porque el crédito especial, según el art. 90 LC, lo es por su vinculación a un bien que constituye la garantía del pago de ese crédito, de tal suerte que realizado el bien que garantiza la deuda, el remanente del crédito no satisfecho con el precio obtenido se convierte “de facto”, en un crédito ordinario, pagándose, en caso de liquidación, junto con los ordinarios y a prorrata con

éstos⁵⁵⁴, tal y como dispone el art. 157.2 LC, perdiendo, en consecuencia, cualquier tipo de beneficio en relación a su pago. Por tanto, a diferencia de lo que acontece con los créditos con privilegio general que deben pagarse íntegramente, los créditos con privilegio especial, deben entenderse íntegramente satisfechos a estos efectos, una vez realizado el bien que le sirve de garantía y satisfecho el acreedor hasta donde llegue el valor obtenido con su venta. De este modo, al deudor hipotecario le sería más ventajoso acudir al proceso concursal que someterse a la ejecución hipotecaria, pues de este modo se liberaría de mayor porcentaje del pasivo insatisfecho tras la liquidación, ya que en caso de concurso, una vez abonado el veinticinco por ciento correspondiente, sería de un setenta y cinco por ciento, y en caso de ejecución, tan solo entre un treinta y cinco y un veinte por ciento, en aplicación de lo establecido en el art. 579.2 LECiv.

El legislador en el modelo español no ha optado por establecer una categoría de créditos excluidos de la exoneración de deudas regulándose, por el contrario, una categoría de créditos que deben ser satisfechos. Estos son, de un lado, los créditos con privilegio especial y con privilegio general que se regulan en los arts. 90 y 91 LC; de otro, los créditos contra la masa que se regulan en el art. 84.2 LC, comprendiéndose en ambas categorías algunos créditos que en otras legislaciones de derecho comparado se excluyen de la liberación. Es el caso de los créditos por responsabilidad extracontractual, que se califican como créditos con privilegio general del art. 91.5 LC en caso de que sean anteriores a la declaración al concurso y los posteriores se califican como créditos contra la masa con arreglo al art. 84.2.10 LC; los créditos públicos que parcialmente se consideran crédito privilegiado general en el art. 91.2,3 y 5 LC, en caso de que hubieran nacido con anterioridad a la declaración de concurso y como crédito contra la masa los posteriores ex art. 84.2.10 LC; los créditos salariales según disponen los arts. 91.1 y 84.2.1 y 5 LC. Pero también se hace referencia a otros créditos, como son los generados como consecuencia de la tramitación del concurso (art. 84.2.2 y 3 LC); los generados como consecuencia

⁵⁵⁴ En este sentido se pronuncia el acuerdo II.5 adoptado en la Reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de apoyo a emprendedores, sobre cuestiones concursales de 11 de octubre de 2013, al que ya hemos aludido anteriormente.

de la continuidad de la actividad económica del deudor (art. 84.2.5 LC); los derivados del mantenimiento y cumplimiento de terminados contratos y obligaciones (art. 84.2.6 y 8 LC); el privilegio del acreedor instante del concurso (art. 91.7 LC) o el llamado fresh money (art. 91.6 LC) entre otros. La diferencia con otras legislaciones es que en aquellas se obtiene el beneficio de la liberación de deudas, pero el acreedor mantiene incólumes sus acciones en relación a los créditos excluidos, su abono se relega normalmente a un momento posterior a la conclusión del concurso. En nuestro derecho, para poder obtener la exoneración de deudas es necesario que esos créditos se hayan satisfecho íntegramente con anterioridad a la conclusión del concurso y como requisito ineludible para la obtención de la exoneración del pasivo.

2.2.- Créditos de cuestionable inclusión: Deudas de alimentos y responsabilidad extracontractual

Frente a lo que acontece en la generalidad de ordenamientos de derecho comparado en que se excluye del ámbito de los mecanismos exoneratorios la deuda de alimentos al responder a exigencias de solidaridad y asistencia mutua que subyacen a la relaciones paternofiliales⁵⁵⁵, en nuestro modelo de exoneración no se hace expresa referencia a este tipo de deudas en orden a su exclusión del ámbito de la exoneración. De ello deriva que al no estar expresamente excluida, solo sería obligatorio su abono, si se tratara de una deuda con privilegio o de un crédito contra la masa. El derecho de alimentos es objeto de un tratamiento especial en la Ley Concursal y en este sentido, en el art. 47 y el art. 84.2.4 LC, se califican con carácter general como créditos contra la masa. No obstante, el art. 47.2 faculta al juez del concurso a determinar qué cantidad del importe de la deuda alimenticia anterior a la declaración del concurso se satisfará con cargo a la masa, teniendo el resto, según el citado precepto, la calificación de crédito ordinario. De este modo, la parte de la deuda por alimentos calificada como crédito ordinario no será

⁵⁵⁵ Vid. A este respecto, art. 245.2.a) del CIRE, art. 523.a.5 del US CODE, art. L.333-1.C del C. Consum., art. 142.6.A de la L. Fall. Y art. 14 terdecies 3.A de la Legge 3/2012 de 27 de enero, así como art. 1675/13 del C. Jud.

satisfecha más que en un veinticinco por ciento, quedando liberado el deudor respecto de la cantidad restante, o incluso no habrá obligación de abonar nada, en el caso del empresario persona natural que haya intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, dando lugar así a una situación radicalmente injusta⁵⁵⁶, que no parece tener una solución clara en nuestro derecho, salvo el uso moderado de la facultad que confiere al Juez del Concurso el art. 47.2 LC en orden a evitar que el concurso se convierta en un instrumento para dejar de satisfacer deudas alimenticias.

El crédito por responsabilidad extracontractual se considera en la mayoría de los sistemas de derecho comparado que hemos estudiado deuda excluida de la exoneración. En nuestro modelo no se considera expresamente deuda excluida, sin embargo, como hemos visto, el crédito por responsabilidad extracontractual se califica en nuestro sistema concursal como crédito con privilegio general del art. 91.5 LC en caso de que sea anterior a la declaración de concurso, en tanto que el crédito que nace con posterioridad a su declaración se califica como crédito contra la masa con arreglo al art. 84.2.10 LC. Por consiguiente, si bien no se encuentra expresamente excluido, si que debe ser íntegramente satisfecho para beneficiarse de la exoneración por aplicación de lo dispuesto en el art. 178.2 LC.

Como ya se ha adelantado, en el ámbito del mecanismo exoneratorio ex art. 178.2 LC, se exige un pago del veinticinco por ciento de los créditos ordinarios, lo que podría parecer razonable en orden a evitar los tan criticados “*planes cero*” que se habían dado en el derecho alemán, que permitían que, en algunos casos, el deudor se liberara de la deuda sin haber satisfecho cantidad alguna. Con esta exigencia se estaría eludiendo la inseguridad jurídica que generan normas como la del art. 142.6 L. Fall. o del art. 14 terdecies de la L 3/2012 de 27 de enero aplicable a los consumidores y pequeños comerciantes italianos, que exigen para poder acceder a la liberación de deudas que se hayan satisfecho, al menos parcialmente, los acreedores concursales, pero sin especificar porcentaje alguno. En este sentido, nuestro modelo parece

⁵⁵⁶ Vid a este respecto PULGAR EZQUERRA, J.: “Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad”. Op. Cit.

responder a exigencias de justicia distributiva cuando exige al deudor un esfuerzo y adoptar medidas previsoras a fin de satisfacer, siquiera parcialmente, sus deudas. No obstante, teniendo en cuenta que ya se habrán satisfecho los créditos privilegiados y los concursales, el porcentaje de un veinticinco por ciento tal vez pueda considerarse excesivo y erigirse en barrera casi infranqueable que impida acceder al beneficio, frustrando así la finalidad de la norma.

2.3.- La problemática de los créditos públicos: Su cuestionable tratamiento diferenciado

En relación al deudor empresario persona natural que haya intentado sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos el art. 178.2 LC establece una especialidad, ya que según dicho precepto si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados. Este mecanismo exoneratorio se regula, en el ámbito del concurso consecutivo, en el art. 242.2.5 LC, al que se remite implícitamente el art. 178.2 LC.

En relación a cuándo se entiende que se ha intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, habrá que acudir a lo previsto en el art. 242.1 LC, relativo al concurso consecutivo, por tanto, comprenderá los casos en que exista imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o exista un incumplimiento del plan de pagos acordado. Igualmente se debe considerar como intentado sin éxito el acuerdo en los casos de anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado. En caso de incumplimiento debe, no obstante, indicarse que es necesario que no de lugar a la calificación culpable del concurso pues en ese caso no cabe la remisión de deudas art. 178.2 y 242.2.5 LC. Tampoco puede equipararse al haber intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, el hecho de haber presentado una solicitud que haya sido inadmitida a trámite por aplicación de lo dispuesto en el art. 232.3 LC, sin

perjuicio de que pueda solicitar el concurso y obtener la exoneración del pasivo insatisfecho por la vía del art. 178.2 LC.

La diferencia con el régimen general es notoria, pues en este supuesto en que la exoneración provenga de un previo acuerdo extrajudicial fracasado o no alcanzado, en el art. 178.2 LC no se exige porcentaje de pago alguno de los créditos ordinarios. No obstante, este precepto debe completarse con lo establecido en el art. 242.2.5 LC que establece que: *“En el caso de deudor empresario persona natural, si el concurso se calificara como fortuito, el juez declarará la remisión de todas las deudas que no sean satisfechas en la liquidación, con excepción de las de Derecho público siempre que sean satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados”*. En este supuesto sí que aparece una categoría de crédito excluido que se sitúa en el crédito público. Es verdad que parte de ese crédito ya debería haber sido satisfecho por su condición de crédito con privilegio general o crédito contra la masa. Sin embargo, en su condición de crédito ordinario, o incluso subordinado, deberá satisfacerse en su integridad, al estar excluido de la exoneración en el mecanismo del art. 242.2.5 LC.

Sin embargo, la lectura del art. 178.2 y del art. 242.2.5 LC ponen de manifiesto una contradicción, ya que en el primero no se hace referencia a la deuda de derecho Público a la que solo se hace mención en la segunda. Ello podría constituir un olvido del legislador, pues inicialmente en el Proyecto de Ley el crédito público no quedaba afectado por la exoneración de deudas en ningún caso, contemplándose igualmente ello en el art. 178.2 LC. Durante la tramitación parlamentaria, sin embargo, se excluyó del ámbito del art. 178.2 LC, pero no se hizo lo mismo en el art. 242.2.5 LC, que permaneció con su redacción originaria. En cualquier caso, podrían concurrir fundamentos de política jurídica que podrían justificar esta diferencia entre ambo mecanismos dado que el crédito público no tiene la misma relevancia en el ámbito de quien ejerce una actividad económica que en el ámbito del consumidor. Además en el supuesto de ejercicio de una actividad económica el deudor no tiene que pagar el veinticinco por ciento del resto de créditos ordinarios y existe un sistema específico de aplazamiento de crédito público en la nueva Disposición Adicional Séptima de la LC. Por ello deberían considerarse compatibles y

aplicar según los casos uno u otro régimen, siendo el precepto del art. 242.2.5 especial en relación al art. 178.2 LC para los casos de empresario persona natural que haya intentado sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos⁵⁵⁷.

En orden a integrar el concepto de crédito público habrá que acudir al art. 5 de la LGP que permite considerar como tales no solo a los créditos tributarios, impuestos, tasas y contribuciones especiales, como establece el art. 2.2 LGT, sino también a los demás derechos de contenido económico que nazcan como consecuencia del ejercicio de potestades administrativas. Así, en dicha categoría se incluirían, entre otros, el reintegro de subvenciones, las indemnizaciones y penalidades acordadas en el marco de un expediente de contratación administrativa y las sanciones⁵⁵⁸; a las que habrá que añadir las derivadas del pago de cuotas de la Seguridad Social de las personas obligadas, así como las cantidades recaudadas en concepto de recargos, sanciones u otras de naturaleza análoga, a las que se refiere el art. 86.1 de la LGSS.

Lo que no parece tan justificado es que el empresario persona natural no deba satisfacer porcentaje alguno de los créditos ordinarios, ya que en relación al acreedor público deberá pagar hasta los créditos subordinados y, en cambio, otros acreedores, como proveedores de servicios, mercancías, suministros, esenciales en el ámbito de una actividad comercial, empresarial o profesional no van a percibir deuda alguna, al margen de la que pudieran haber cobrado en su condición, si lo son, de acreedores privilegiados o de acreedores contra la masa.

⁵⁵⁷ PULGAR EZQUERRA, J.: “Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad”. Op. Cit.

⁵⁵⁸ Así lo entiende ORDIZ FUENTES, M. C., “La administración y el crédito público en el concurso”, en Esfera, Derecho Concursal. NIETO DELGADO, C., coord. Valencia, 2012. Pág. 415 y ss.

3.- PROCEDIMIENTO

El modelo seguido por el legislador español a la hora de introducir en nuestro Ordenamiento Jurídico mecanismos de exoneración del pasivo insatisfecho se basa, en alguna medida, en el modelo italiano, configurándose la exoneración del pasivo insatisfecho como la solución final tras la liquidación de los bienes del deudor concursado, por tanto vinculada a la propia conclusión del concurso. Así, según el art. 178.2 LC: *“La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas...”*.

A diferencia de otros modelos analizados en el marco del derecho comparado en que se contiene una regulación procedimental de los mecanismos exoneratorios, en el modelo español la regulación del tema se limita al artículo en el que se establecen unos requisitos mínimos sin regularse procedimiento alguno para su reconocimiento. No obstante lo anterior de la ubicación sistemática de dicha regulación podemos extraer unas reglas de actuación.

En primer lugar debe resaltarse que el mecanismo exoneratorio aparece vinculado a la resolución que pone fin a la fase de liquidación de la masa activa, no pudiendo reconocerse en modo alguno en supuestos de conclusión por insuficiencia de masa del art 176 bis LC, por tratarse de un motivo de conclusión distinto en el que no hay liquidación formal, que conlleva la imposibilidad de satisfacer los créditos contra la masa a cuya satisfacción se condiciona ex lege el acceso a la exoneración del pasivo⁵⁵⁹.

⁵⁵⁹ Aspecto con el que se manifiesta crítica PULGAR EZQUERRA, J. en “Implicaciones concursales de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, Especial Emprendedores, las leyes que les apoyan. La Ley. Disponible en web: <https://tienda.smarteca.es/p/337/especial-emprendedores-las-leyes-que-les-apoyan>, al afirmar que: “Ello resulta cuestionable, pues precisamente respecto de deudores personas físicas y en particular consumidores, los concursos suelen ser con insuficiencia de masa (tiene un bien y lo tiene hipotecado), excluyéndoseles, por las razones expuestas, en estos supuestos de la posibilidad de obtener una exoneración del pasivo insatisfecho, siendo precisamente esta posibilidad lo que en algunos modelos de Derecho Comparado ha justificado, desde un punto

La referencia a la conclusión de la liquidación nos remite al art. 152.2 y 3 LC en virtud del cual, concluida la liquidación de los bienes y derechos del concursado y la tramitación de la sección de calificación, la administración concursal presentará al Juez del concurso un informe final justificativo de las operaciones realizadas y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa, ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas, ni otros bienes o derechos del concursado. En cualquier caso el informe incluirá una completa rendición de cuentas, conforme a lo dispuesto en la ley. Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase oposición a la conclusión del concurso, se le dará la tramitación del incidente concursal. En caso contrario, el Juez dictará auto declarando la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación.

La concurrencia del requisito del pago íntegro de los pagos contra la masa, los privilegiados y el veinticinco por ciento de los créditos concursales, deberá ser objeto del informe del administrador concursal justificativo de la conclusión de la fase de liquidación. En ese momento ya deberá haber concluido la fase de liquidación y constará su carácter fortuito. En cuanto a la inexistencia de condena, deberá ser el Juez del concurso el que recabe los antecedentes penales del concursado en orden a determinar si es merecedor o no del beneficio de la exoneración.

En el art. 152.3 LC se contempla un trámite de audiencia a las partes personadas, pudiendo manifestar en este momento procesal los acreedores su oposición; ahora bien, la misma solo puede basarse en la concurrencia de alguno de los elementos objetivos previstos en el art. 178.2 LC y no en otras circunstancias de índole subjetivo, ya que el efecto de la remisión de las deudas insatisfechas opera ex lege, sin que sea preciso en modo alguno el consentimiento de los acreedores afectados

El Juez del concurso dará a la oposición el trámite del incidente concursal, resolviendo sobre la misma en la sentencia que dicte, que a su vez resolverá sobre la conclusión del concurso. Lo que no parece que sea posible

de vista de política jurídica, la declaración de concursos sin masa "ab initio", en lo que conllevan de posibilidad de solicitud de mecanismos exoneratorios".

es que pueda concluirse el concurso sin que el juez se pronuncie sobre la concesión o denegación de la remisión de deudas.

A diferencia de otros sistemas que hemos analizado, como el alemán o el portugués, el deudor una vez liberado de sus deudas y concluido el concurso no se ve sometido a ningún tipo de control, requisito de buena conducta u obligación alguna. Por otra parte, tampoco parece que sea posible revisar las circunstancias que condujeron al reconocimiento del beneficio por modificación de las mismas o por el hecho de que aparezcan nuevos elementos que pudieran permitir la calificación culpable y, en consecuencia, revocar el beneficio de la remisión de deudas.

No obstante, podría entenderse que ex art. 179.3 LC introducido por Ley 38/2011 se estaría contemplando un mecanismo *“ex post”* de control de la exoneración del pasivo, al indicar que: *“en el año siguiente a la fecha de la resolución de conclusión de concurso por insuficiencia de masa activa, los acreedores podrán solicitar la reapertura del concurso con la finalidad de que se ejerciten acciones de reintegración, indicando las concretas acciones que deben iniciarse o aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso como culpable, salvo que se hubiera dictado sentencia sobre calificación en el concurso concluido”*. Sobre la base de este precepto, al menos durante el año posterior a la conclusión del concurso, podría intentarse acreditar por quien tuviera interés legítimo la concurrencia de hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación culpable del concurso, declarándose así en sentencia la revocación del beneficio de la exoneración. Sin embargo, el precepto solo se aplica a supuestos de conclusión del concurso por insuficiencia de masa, no a supuestos de conclusión de la fase de liquidación, porque se presume que en estos casos la sección de calificación se ha tramitado. No obstante, en los casos de archivo de la sección sexta por coincidencia de la administración concursal y del Ministerio Fiscal en la calificación fortuita del concurso, tal vez sería conveniente, intentando conciliar todos los intereses concurrentes, permitir reconsiderar esa decisión por la concurrencia de hechos nuevos o no tenidos en cuenta en su momento. Ello en virtud de una aplicación extensiva del precepto, al existir identidad de razón, así como sobre la base de la

finalidad de proteger al acreedor insatisfecho, pudiendo convertirse de este modo, en su caso, el referido precepto en un instrumento hábil de control “*ex post*” del beneficio de liberación de deudas concedido al deudor concursado.

En cualquier caso, conviene recordar que la nueva redacción del art. 178.2 LC solo será de aplicación a los concursos que se declaren con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 14/2013, ya que sobre la base de la disposición transitoria de la citada Ley los concursos declarados con anterioridad seguirán rigiéndose hasta su terminación por la normativa concursal anterior a esta Ley⁵⁶⁰.

4.- EFECTOS DE LA EXONERACIÓN: LA PROBLEMÁTICA DE LOS DEUDORES SOLIDARIOS, GARANTES Y AVALISTAS

En el art. 178.2 LC en un modo explícito, se establece que: “*La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas...*”. En términos equivalentes se pronuncia el art. 242.2.5 LC al establecerse que: “*En el caso de deudor empresario persona natural, si el concurso se calificara como fortuito, el juez declarará la remisión de todas las deudas que no sean satisfechas en la liquidación, con excepción de las de Derecho público...*”.

Nos encontramos ante un auténtico mecanismo legal de exoneración del pasivo insatisfecho (*discharge propia*) ya que la remisión de las deudas insatisfechas en el concurso se produce ex lege, como consecuencia de la conclusión del concurso, sin que sea preciso para ello que muestren su conformidad los acreedores.

⁵⁶⁰ A estos efectos debe señalarse que la Ley 24/2013 establecía en su Disp. Final decimotercera, apartado a) que el Capítulo V del Título I, relativo a la normas concursales, entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”. Dado que su publicación fue el día 28 de septiembre de 2013, la entrada en vigor se produjo el 18 de octubre de 2013.

En relación a los efectos de la exoneración de deudas, no se especifican en la Ley Concursal, entendiéndose, no obstante, en un modo implícito que nos encontramos ante una derogación “*ad hoc*” del principio de responsabilidad patrimonial universal ex art. 1911 CC. Por tanto, el deudor concursado no responde de las deudas pasadas afectadas por el mecanismo exoneratorio con sus bienes futuros una vez liquidado su patrimonio. En este sentido, las deudas afectadas están constituidas por el setenta y cinco por ciento del pasivo concursal ordinario y la totalidad del pasivo concursal subordinado, siendo irrelevante que el crédito hubiera sido reconocido o no en el concurso. Dentro del setenta y cinco por ciento del pasivo concursal ordinario debe incluirse la parte de los créditos con privilegio especial que no hubiera sido satisfecha con los bienes o derechos afectos (art. 157.2 LC).

En el caso de empresario persona natural que hubiera intentado sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos, el pasivo insatisfecho afectado por la liberación de deudas viene constituido por la totalidad del pasivo concursal ordinario, en el que se incluirá, igualmente, la parte de los créditos con privilegio especial que no haya sido satisfecho con el producto de los bienes y derechos afectos, y por el pasivo concursal subordinado. No resultarán, sin embargo, afectadas por el mecanismo exoneratorio las deudas de derecho público que tengan la consideración de crédito ordinario o subordinado (art. 242.2.5 LC), si bien el pago de las mismas se realizará con arreglo al aplazamiento de pagos que deberá haber solicitado a la administración competente de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Séptima de la Ley concursal. Este aplazamiento o fraccionamiento se somete al derecho administrativo y es ajeno a las vicisitudes por las que haya discurrido el acuerdo extrajudicial de pagos o el concurso del deudor, de tal modo que para beneficiarse del mecanismo exoneratorio, no es necesario que haya satisfecho el deudor empresario la totalidad de la deuda pública pendiente, que no pueda calificarse de crédito privilegiado o contra la masa, pudiendo dictar el juez del concurso auto de conclusión con remisión de la deuda pendiente, respondiendo, no obstante, el deudor con sus bienes futuros de la íntegra satisfacción del crédito público fraccionado o aplazado.

En consecuencia, cualquiera que sea la vía por la que el deudor a obtenido la exoneración del pasivo insatisfecho (art. 178.2 o art. 242.2.5 LC), no podrán iniciarse reclamaciones individuales o acciones ejecutivas por los acreedores en relación a deudas anteriores respecto de las que se haya producido la remisión, incluso aunque el deudor viniera a mejor fortuna. A “*sensu contrario*”, la modificación del art. 178.2 LC no afecta a la subsistencia del principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC. Ciertamente, la modificación de la redacción del precepto comporta que en su redacción actual no se haga referencia expresa a la posibilidad de ejercer acciones individuales frente al deudor tras la conclusión del concurso, en relación al pasivo insatisfecho, ni a que el reflejo de los créditos en los textos definitivos sirva, a tal fin, como una sentencia de condena firme. No obstante, debe considerarse la remisión de deudas del art. 178.2 LC como una norma excepcional, de tal modo que, en caso de no ser procedente su aplicación, cobra plena vigencia la responsabilidad patrimonial universal a que se refiere el art. 1911 CC, pudiendo iniciar el acreedor las acciones que estime convenientes en orden a la satisfacción de su crédito, ya que la conclusión del concurso comporta el cese de sus efectos y en consecuencia, aunque no se diga expresamente, la posibilidad de entablar acciones individuales contra el deudor, siempre y cuando no haya sido liberado de sus deudas.

Respecto a la posibilidad de acordar la reapertura del concurso conforme al art. 179.1 LC, cualquiera que sea la vía por la que se haya obtenido la exoneración del pasivo insatisfecho (art. 178.2 o art. 242.2.5 LC), en tanto que por dicho efecto ya no habría deuda pendiente, solo será posible si aparecieran bienes desconocidos del deudor no liquidados, pues los mismos estarían afectos al pago de los créditos concursales ordinarios o incluso subordinados no satisfechos. En este sentido la posición del deudor concursado persona física es similar a la de la persona jurídica extinguida como consecuencia de la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho, en el que la reapertura solo opera para liquidar los bienes en los términos del art. 179.2 LC.

En cuanto a los efectos que la exoneración del pasivo insatisfecho produciría en relación a los deudores garantes o solidarios la Ley Concursal

española, a diferencia de lo que acontece en otras legislaciones⁵⁶¹, no dice nada, lo que conlleva la necesidad de distinguir a estos efectos entre el deudor solidario y el mero fiador o garante.

En el caso de deudor solidario, entre el que se encuentra el fiador que se obliga solidariamente, por remisión del art. 1822 CC, la cuestión puede resolverse por la aplicación del art. 1148 CC, siendo conveniente recordar en este lugar que la deuda solidaria es aquella en la que cada uno de los deudores tiene por sí solo e individualmente el deber de cumplir íntegramente la prestación objeto de la relación obligatoria⁵⁶², estableciéndose por ello sobre la base del art. 1148 que: *“el deudor solidario podrá utilizar contra las reclamaciones del acreedor, todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales. De las que personalmente correspondan a los demás, solo podrá servirse en la parte de deuda de que estos fueren responsables”*. Cabe entender que la expresión *“remisión de las deudas insatisfechas”* contemplada en el art. 178.2 LC se refiere a la situación particular del deudor concursado afectándole a él solamente, por lo que no implica una excepción frente a la obligación que derive de su propia naturaleza, ni es una excepción personal que pueda extenderse al deudor solidario, por lo que no podría oponerla frente al acreedor por aplicación del art. 1148 CC. En efecto, la referencia contemplada en dicho precepto a las excepciones personales de los demás codeudores, de las que solo podrá servirse en la parte de deuda de que estos fueren responsables, parece referirse, no tanto al acreedor, cuanto a los restantes deudores

⁵⁶¹ En este sentido el Derecho francés se refiere a las deudas garantizadas y admite la vía de regreso contra el deudor en relación las satisfechas por los garantes o deudores solidarios arts. L332-.9 C. Consom y L643-11 C. Comm, En el Derecho Italiano se establece en el art. 142 L Fall. que quedan a salvo los derechos contraídos por los acreedores frente a los coobligados, el fiador del deudor y los obligados en vía de regreso. Por su parte el Derecho Alemán, establece en el art. 301 InsO que La condonación de deudas también libera al deudor concursal frente a sus deudores solidarios y fiadores, quienes no podrán repetir contra el deudor concursal, si bien los acreedores del deudor, mientras no hayan sido resarcidos sí conservarán sus derechos frente a éstos. Por último, en el Derecho Portugués hay que estar al contenido del nº 4 del art. 217 CIRE sobre el plan de insolvencia, al cual expresamente remite la parte final del nº 1 del art. 245. De este modo la extinción de la parte de los créditos no satisfechos durante el período de cesión no afecta a la existencia ni al montante de los créditos de que sean titulares los acreedores contra los codeudores o los terceros que los hubieran garantizado. La segunda parte del nº 4 del art. 217 dispone, por su parte, que los codeudores y los garantes de los créditos sobre la insolvencia sólo podrán actuar contra el deudor, como titulares de derecho de regreso, en los términos en que los acreedores de la insolvencia pudieran ejercer sus derechos contra el deudor.

⁵⁶² DÍAZ-PICAZO, L, “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”, Op. Cit. Pág. 431.

solidarios, así como a los pactos que existan entre éstos, ya que normalmente como consecuencia de la solidaridad el deudor solidario responderá por el todo. En consecuencia, la exoneración del pasivo regulada tanto en el art. 178.2 LC como en el art. 242.2.5 LC no implica, respecto de los codeudores solidarios, una extinción de la obligación por lo que las acciones contra deudores solidarios se mantienen incólumes. Contrasta, no obstante, el silencio del art. 178.2 LC en relación a este aspecto, con la referencia expresa que si contiene el art. 240.3 LC respecto a los efectos del acuerdo extrajudicial de pagos.

En cuanto a la posibilidad de reclamar por vía de regreso por el coobligado que haya pagado frente al deudor concursado liberado, debe observarse lo establecido en el art. 1145 in fine CC, en virtud del cual la falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores, a prorrata de la deuda de cada uno⁵⁶³. En cualquier caso, como ya se analizó, debería haber una correlativa declaración de liberación respecto a los acreedores en vía de regreso. Sería absurdo y difícilmente justificable que se declarase la exoneración y consiguiente extinción respecto a la deuda principal garantizada, y subsista sin embargo la deuda del concursado respecto al garante⁵⁶⁴.

Más difícil se plantea la cuestión en caso del garante que no responde modo solidario, pues a falta de norma expresa, parece difícil soslayar la disposición del art. 1847 CC en virtud del cual: *“La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor y por las mismas causas que las demás obligaciones”*. Sobre la base del referido precepto dado que el efecto del art. 178.2 LC es la extinción, siquiera parcial, de la deuda del concursado, debería producirse, por aplicación del art. 1847 CC, la extinción de la obligación del garante no solidario, problema que se hace extensivo en el caso de los terceros hipotecantes de bienes propios a favor de deuda ajena, que fuera exonerada en virtud de la aplicación del art. 178.2 LC. En ese caso debería de

⁵⁶³ Como afirma DÍAZ-PICAZO, L, en “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”, Op. Cit. Pág. 439, el precepto trata de solucionar una situación injusta, constituyendo una mutua cobertura del riesgo de insolvencia y que la parte del insolvente se distribuya entre todos, incluido el deudor regresante, pues de otro modo éste se enriquecería.

⁵⁶⁴ Así lo entiende RUBIO VICENTE, P.J. “A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso”. Op. Cit. Pág. 160.

sostenerse que la exoneración legal del débito ajeno, en cuya garantía habían constituido hipoteca sobre bienes propios implica la desaparición de la garantía prestada, ya que desaparece por completo aquel débito, y la garantía real carece ya de justificación⁵⁶⁵.

No obstante, partiendo del propio significado de la expresión “*remisión*”, que comporta perdonar, alzar la pena, eximir o liberar de una obligación y del carácter excepcional del instrumento de la liberación de deudas, debería concluirse que se trata de un beneficio personal de aplicación restrictiva, que no debiera extenderse a sujetos distintos de sus beneficiarios, debiendo, en cuanto sea compatible, mantenerse las garantías constituidas para asegurar la efectividad del crédito. Debe destacarse, que como hemos ido analizando en el presente estudio, la liberación de deudas cumple una función tuitiva o asistencial del deudor honesto, permitiéndole una nueva oportunidad en orden a recomponer su vida económica. La extinción de la deuda no es el objetivo primario de la liberación de deudas, si bien es un efecto necesario o inescindible de la misma, que debe compatibilizarse con la posibilidad de satisfacción del crédito por terceros no merecedores de tal beneficio. Se trataría, en alguna medida, de un supuesto semejante al del art. 135. 2 LC que establece claramente que a los acreedores que no hubieren votado a favor del convenio (ausentes, disidentes, no votaron, no se adhirieron), no les afectará el convenio respecto a los obligados solidarios del concursado y sus fiadores o avalistas; por lo tanto, estos últimos no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de dichos acreedores. Es más, este es el criterio que sigue la propia Ley 14/2013, para el caso del acuerdo extrajudicial de pagos en el art. 240.3 LC, en virtud del cual: *“Los acreedores conservarán las acciones que les correspondan por la totalidad de los créditos contra los obligados solidarios y los garantes personales del deudor”*.

La solución al problema tiene una trascendental importancia, por lo que por razones de seguridad jurídica abogamos por una rápida reforma legislativa, que cubra esta indeseable laguna legal.

⁵⁶⁵ Vid a este respecto las conclusiones del punto II.9 de la Reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de apoyo a emprendedores, sobre cuestiones concursales de 11 de octubre de 2013, al que ya hemos aludido.

5.- VALORACIÓN CRÍTICA

Aun cuando compartimos la conveniencia de la introducción de un instrumento de liberación de deudas, hasta ahora inexistente, en nuestro derecho, entendemos que la regulación que se ha hecho del mismo en nuestro derecho es confusa e insuficiente. Una reforma del calado de la que nos ocupa debería haber ido precedida de un estudio meditado que tuviera en cuenta las experiencias del derecho comparado y las opiniones de los expertos.

Desde el punto de vista sistemático la nueva redacción del art. 178.2 LC supone, de hecho, la derogación de su anterior contenido que tenía sentido dentro del sistema de la ley Concursal, en cuanto confirmaba, con carácter general, la vigencia del principio de responsabilidad patrimonial universal en situaciones postconcursoales y permitía expresamente el ejercicio de acciones individuales frente al deudor, teniendo la inclusión del crédito en la lista definitiva de acreedores el valor de una sentencia de condena firme. No puede negarse que el art. 1911 CC no ha sido derogado por la Ley 14/2013 y que sigue siendo de aplicación en situaciones postconcursoales en las que no proceda la exoneración del pasivo insatisfecho. De otro lado, la conclusión del concurso y el cese de sus efectos no debieran impedir el ejercicio de acciones individuales por parte de los acreedores frente al deudor persona física. Ahora bien, no está claro que la mera inclusión del crédito en la lista definitiva de acreedores, sea, por si mismo suficiente para entablar la reclamación. Es por ello, que hubiera sido mejor mantener la anterior redacción del art. 178.2 LC y regular la exoneración del pasivo insatisfecho en una norma específica y más detallada, tal y como se hace en los sistemas de derecho comparado que hemos analizado en el presente trabajo. No obstante, lo que queda claro con la regulación actual del art. 178.2 LC es que la exoneración del pasivo insatisfecho constituye la solución normal a la conclusión del concurso de la persona física tras la liquidación de sus bienes, siempre que se den los requisitos para ello, derogándose el principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC.

Esta opción de política legislativa es perfectamente legítima, incluso la compartimos, sin embargo la regulación debería haber sido más completa. Así, la norma tal y como está redactada, a diferencia de lo que acontece en otros modelos de derecho comparado, establece unos estándares muy bajos en orden a acceder al mecanismo exoneratorio, de modo que casi cualquier deudor podía ser candidato a obtener el beneficio, con el riesgo de que lo consigan personas de conducta poco ejemplar, desvirtuando el principio de que los mecanismos exoneratorios del pasivo persiguen dar una nueva oportunidad al deudor honesto pero desafortunado.

Tal vez porque el legislador es consciente de que el llamado en derecho comparado “*test de discharge*” es prácticamente inexistente exige, por el contrario, abonar un elevado porcentaje de deuda que abarca no solo los créditos contra la masa, sino también los privilegiados y el veinticinco por ciento de los ordinarios, al menos en el caso contemplado con carácter general en el art. 178.2 LC, lo puede dificultar la aplicación práctica de la norma. Otros sistemas han optado por establecer una categoría de deudas excluidas, combinado con el pago de un mínimo porcentaje del pasivo ordinario, que en nuestro sistema solo se contempla en el caso del empresario que haya intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos y, únicamente, en relación a las deudas de derecho público. Esta opción puede plantear problemas con algunas deudas, como son las alimenticias, que en nuestro derecho pueden ser en parte consideradas deuda ordinaria, dando lugar a situaciones injustas.

De otro lado, los mecanismos de exoneración de deuda introducidos en la Ley Concursal no tratan de igual modo al deudor empresario que a quien no lo es. El primero, si ha intentado sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos, puede liberarse de sus deudas ordinarias sin pagar porcentaje alguno del pasivo ordinario. Frente a ello, el concursado que no ejerce actividad económica alguna y, en consecuencia, tienen vedada esa vía, debe pagar al menos el veinticinco por ciento del pasivo ordinario, sin que esta diferencia encuentre justificación de política jurídica. Es cierto que el empresario que obtiene la remisión de deudas al amparo del art. 242.2.5 LC si tiene que hacer frente a la deuda pública, pero aquí vuelve la discriminación en relación a sus acreedores ordinarios, que no podrán cobrar cantidad alguna, pareciendo, por

tanto, cuanto menos deficiente la “*composición de intereses en juego*” derivada de la regulación introducida.

Así mismo ha de resaltarse que en la Ley Concursal no se regula de modo claro el papel de los acreedores en este trámite de exoneración del pasivo insatisfecho. En efecto, aunque es consustancial a la exoneración de deudas su aplicación ex lege, sin contar con la anuencia de los acreedores, debería reconocérseles un trámite de oposición, al menos por razones objetivas. La Ley guarda silencio en este aspecto, no estableciendo apenas mecanismos de control ex ante y sobre todo ex post, que de existir evitarían que deudores oportunistas accedieran de modo indebido al beneficio. Tampoco se establece una limitación temporal para su concesión, por lo que podemos encontrarnos, sin norma que lo impida, con deudores que obtengan sucesivas liberaciones de deudas en periodos muy cortos de tiempo, al menos en lo que se refiere al mecanismo exoneratorio ex art. 178.2 LC.

Finalmente, la norma no determina como afecta a garantes del concursado y deudores solidarios, cuestión trascendental que exigiría una regulación expresa por razones de seguridad jurídica.

En definitiva, insistimos en que esta ausencia de cautelas en los presupuestos ex ante y ex post de esta exoneración, así como en la regulación de las deudas excluidas, puede conllevar una “*deficiente*” composición de intereses en juego, con el consiguiente “*riesgo*” para el sistema financiero español y puede conllevar un “*indeseable efecto llamada*”, pasando nuestro modelo de ser uno de los pocos ordenamientos en que hasta el momento no se reconocen mecanismos exoneratorios a introducirlos con nuevos requisitos y en un modo más “*laxo*” y amplio de lo que acontece en otros modelos de Derecho comparado⁵⁶⁶.

Parece, por tanto, conveniente y oportuna una reforma legal que regule todos estos aspectos, mejorando sustancialmente la regulación de los mecanismos exoneratorios del pasivo insatisfecho en nuestro derecho.

⁵⁶⁶ Así, PULGAR EZQUERRA, J.: “Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad”. Op. Cit.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Ley Concursal Española 22/2003 no contiene una declaración programática que establezca cuáles son los fines asignados al procedimiento concursal, aún cuando, en la Exposición de motivos de la Ley se hace referencia a la satisfacción de los acreedores como la finalidad esencial del concurso (Exposición de Motivos, exponendo II, párrafo 4º). Entre los fines instrumentales que puede perseguir el concurso se encuentra, no cabe duda, la conservación de la empresa, pero ésta no debe perseguirse a toda costa, ni en detrimento de la finalidad principal del concurso. No obstante, la reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, llevada a cabo por Ley 38/2011, de 10 de octubre, ha cambiado la orientación de los fines, resaltándose en su Exposición de Motivos el fin de mantenimiento de la conservación de la empresa (Exponendo V) encomendado al concurso, aún cuando se mantiene la opción de política legislativa de situar en la satisfacción de los acreedores el fin prioritario del concurso de acreedores.

SEGUNDA.- Si la finalidad del concurso es una finalidad solutoria y su presupuesto objetivo es, ex art. 2 LC, la situación de insolvencia del deudor común, a la conclusión del proceso concursal deberíamos encontrarnos en una situación en la que esa situación de insolvencia hubiese sido superada. El concurso sería el instrumento jurídico regulado por el legislador en orden a superar la situación de insolvencia, actual o inminente, del deudor común, mediante el pago ordenado y regular de los créditos de sus acreedores con el fin de poder reanudar su actividad económica tras el cumplimiento de sus obligaciones.

TERCERA.- No obstante, el fin solutorio del concurso, esto es, la satisfacción de los acreedores no siempre se puede alcanzar en su integridad, siendo no solo posible, sino aún más frecuente que, iniciado un procedimiento concursal, al final del proceso, los acreedores no hayan podido ver satisfecho

la totalidad de su crédito, sino tan solo una parte del mismo o incluso que no perciban cantidad alguna. Sin embargo, el deudor puede quedar liberado definitivamente de sus deudas por diversos medios y, de este modo, el concurso habrá servido a su finalidad de superar la situación de insolvencia del deudor concursado, lo que nos ha llevado a analizar cuáles son los mecanismos que conducen al resultado final de la exoneración del pasivo insatisfecho.

CUARTA.- Estos mecanismos se pueden agrupar en dos grandes bloques. El primero engloba la, en terminología anglosajona, “*discharge*” cuyo objeto es la exoneración ex lege del pasivo insatisfecho por el deudor en caso de insolvencia y, por tanto, con independencia de que la consientan o no los acreedores, pues la liberación o exoneración de la deudas tiene su fundamento directamente en la Ley, por lo que podemos denominarlo mecanismo propio de exoneración de deudas. El segundo bloque abarcaría los que hemos denominado “*mecanismos impropios de liberación de deudas*” que producen un efecto equivalente de exoneración del pasivo insatisfecho, pero bien de modo indirecto, como es el caso de la extinción de la persona jurídica en caso de conclusión de concurso con pasivo insatisfecho, o por medio de un instituto jurídico distinto a la “*discharge*”, como es el convenio con quita, que sobre un sustrato negocial, produce un efecto novatorio sobre la deuda originaria.

QUINTA.- Estos mecanismos que denominamos “*mecanismos impropios de liberación de deudas*” difieren de la “*discharge*”, de un lado, en su aplicación respecto de todo tipo de deudores, sean personas físicas o jurídicas, en aquellos mecanismos que tienen origen consensuado (convenio concursal); de otro, en la ausencia de un test de discharge, no exigiéndose un especial estándar de conducta en el deudor o en la inexistencia de una relación de deudas excluidas del beneficio. Estas figuras deben diferenciarse de otras como la inembargabilidad de determinados bienes. La inembargabilidad tiende a proteger una parte del patrimonio del deudor frente a reclamaciones presentes o futuras de los acreedores, asegurándole el mínimo indispensable para subsistir en unas condiciones dignas. Frente a ello, la exoneración de deudas extingue la deuda preexistente, de tal modo que no puede ejercitarse

acción alguna sobre el patrimonio del deudor, con independencia de que sea embargable o inembargable o, incluso, aunque mejore de fortuna.

SEXTA.- El convenio constituye, tal y como hemos tenido ocasión de estudiar, un instrumento impropio de exoneración de deudas, ya que, a diferencia de los sistemas propios de origen legal tiene naturaleza negocial, encontrando la exoneración de pasivo su origen en la voluntad de las partes (deudor y acreedores), produciendo, como consecuencia de la resolución judicial de declaración de cumplimiento de convenio, el efecto de concluir el concurso y liberar al deudor definitivamente de la deuda concursal no satisfecha y afectada por el contenido del convenio. Este efecto conecta con una institución típica del derecho de obligaciones como es la novación a la que expresamente se refiere el art. 136 LC, condicionando su plena eficacia a la declaración de cumplimiento de convenio.

SÉPTIMA.- Aunque el efecto exoneratorio es idéntico al de los sistemas propios de “*discharge*”, por cuanto el deudor queda liberado de pagar la deuda restante, incluso para el caso de que llegue a mejor fortuna, existen importantes diferencias entre un sistema y otro. Por un lado, el efecto liberador que produce la declaración de cumplimiento del convenio se produce respecto de las personas físicas y jurídicas, en tanto que la exoneración propia solo se produce respecto de las personas físicas, ya que las jurídicas se extinguen en caso de conclusión del concurso con pasivo insatisfecho.

OCTAVA.- De otro lado, a diferencia de lo que suele acontecer en relación a la exoneración propia, no existe en caso de convenio una categoría de deudas excluidas respecto de las que no se extiende el efecto liberatorio, a salvo, lógicamente, las que no se ven afectadas por el convenio, pero respecto de todas las afectadas por su contenido, cualquiera que sea su naturaleza, se produce dicho efecto.

NOVENA.- Por último, no existe en caso de convenio un *test de discharge*, en orden a determinar qué tipo de deudores son merecedores de acudir al convenio, dejando aparte las limitadas prohibiciones que para presentar una propuesta anticipada de convenio se establecen en el art. 105 LC, requisito que si se suele exigir en los modelos de derecho comparado en

orden a beneficiarse de los instrumentos propios de exoneración del pasivo insatisfecho.

DÉCIMA.- La extinción de la persona jurídica como consecuencia de la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho, bien sea por haber concluido la liquidación con pasivo insatisfecho, bien por insuficiencia de masa, en los términos establecidos en el art. 178.3 LC, constituye una nueva forma de extinción de la persona jurídica, que sobre la base del tenor literal del referido precepto parece producir dicho efecto automáticamente sin necesidad de previa disolución y liquidación societaria, aún cuando doctrinal y jurisprudencialmente se ha perseguido “*atemperar*” y matizar este automatismo, dado que el concurso es un procedimiento de liquidación de patrimonios no de sociedades. La extinción se convierte así, ex lege, en una consecuencia necesaria de la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho, que procederá cualquiera que sea la fase del concurso en que se declare y que tendrá lugar con independencia de que la sociedad se encontrase o no disuelta con anterioridad.

UNDÉCIMA.- La extinción de la persona jurídica por conclusión del concurso por inexistencia de bienes ha supuesto, dada la tradicional inexistencia en nuestro Derecho, frente a modelos como el alemán, de un mecanismo societario de extinción de sociedades sin activo, un efecto depurador de numerosas sociedades formalmente vigentes por tener aún abierta su hoja registral, pero sin actividad alguna, que de otro modo no se hubiera podido producir, lo que constituye un argumento más a favor de la necesidad de declarar el concurso aun en caso de inexistencia o insuficiencia de masa. Respecto de estas sociedades el referido efecto concursal soluciona el problema derivado de la imposibilidad de cancelación registral de su inscripción cuando existen deudas pendientes, pues para tal cancelación exige el artículo 247 del Reglamento del Registro Mercantil que conste la satisfacción de los acreedores, por lo que solo la tramitación del concurso permite su cancelación.

DUODÉCIMA.- En supuestos de persona jurídica concursada, la resolución judicial que declare la conclusión del concurso por inexistencia de

bienes según dispone el artículo 178.3 LC acordará su extinción y dispondrá la cancelación de su hoja de inscripción en los registros públicos, lo que equivale a una tácita condonación del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso, por haberse extinguido el titular de dicho pasivo, lo que impediría que fuera demandada al carecer de legitimación pasiva, si bien condicionada a la aparición de bienes con posterioridad, normalmente preexistentes y desconocidos en el momento de la conclusión del concurso, lo que dará lugar a la reapertura del mismo (art. 179 LC).

DECIMO TERCERA.- Es por ello que dada su extinción la reclamación de las deudas solo puede hacerse efectiva por el mecanismo de la reapertura para el caso de que aparecieran bienes no liquidados. En el caso de la persona física, sin embargo, la conclusión del concurso por inexistencia de bienes, no determina su extinción, por lo que subsiste su responsabilidad, vinculándose de este modo al pago de las deudas anteriores sus ingresos y patrimonio futuro.

DECIMO CUARTA.- La extinción de la persona jurídica como consecuencia de la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho, constituye un mecanismo impropio de exoneración de ese pasivo insatisfecho vinculado a la extinción de la personalidad y condicionado a la no aparición posterior de bienes que determinen la reapertura del concurso. Su fundamento se encuentra en un efecto legal, la extinción de la sociedad, que, indirectamente, como consecuencia de la desaparición de la legitimación procesal, impedirá a los acreedores reclamar judicialmente la deuda, efecto que, no obstante, se ve de algún modo atemperado por el instrumento de la reapertura en caso de aparición posterior de bienes que permitan satisfacer total o parcialmente las deudas subsistentes, constituyendo, de este modo, la reapertura del concurso el complemento a la subsistencia de la responsabilidad de la deudora extinta prevista en el art. 178.2 LC.

DECIMO QUINTA.- En la Propuesta de Código Mercantil, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, presentada por el Ministerio de Justicia el día 20 de junio de 2013 se regula un especial procedimiento societario de extinción de sociedades sin activo de

carácter registral (arts. 272-44 a 272-54), lo que determinará, de resultar aprobado dicho Código, un cambio sustancial en el planteamiento del tema.

DECIMO SEXTA.- En la propuesta de Código Mercantil se proyecta que en supuestos en los que el activo de la sociedad fuera insuficiente para satisfacer a todos los acreedores, en un procedimiento de liquidación societaria los liquidadores otorgarán escritura pública en la que harán constar esta circunstancia, junto con un informe detallado de las deudas satisfechas y pendientes. La escritura pública, con los documentos incorporados, se depositará en el Registro mercantil. Transcurrido un mes a contar desde la publicación del depósito de la escritura en el BORME, el registrador declarará extinguida la sociedad y cancelará su inscripción, salvo que cualquier acreedor o garante solicite, a su costa, el nombramiento de experto independiente para la emisión de informe. La extinción de la sociedad producirá la extinción de los créditos insatisfechos, pero no de las garantías constituidas. El informe del experto independiente versará sobre la procedencia del ejercicio de acciones de responsabilidad contra los antiguos administradores o liquidadores y si, en caso de concurso, procedería ejercitar acciones de reintegración y sería previsible que la sentencia de calificación contuviera condena a la cobertura del déficit. Si el informe fuera negativo el registrador hará constar la disolución de pleno derecho en la hoja de la sociedad. En otro caso, el registrador remitirá al juez competente para la declaración de concurso la escritura pública depositada y el informe del experto, lo que se considerará solicitud de concurso voluntario.

DECIMO SÉPTIMA.- La exoneración de deudas o “*discharge*”, es un instituto jurídico, de origen legal, en virtud del cual tras la conclusión de un procedimiento de insolvencia, el deudor persona física se ve liberado de la deuda no satisfecha en el seno del procedimiento concursal o tras el transcurso de un plazo establecido tras su conclusión. Constituye, por tanto, una limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal ex art. 1911 CC, en virtud del cual el deudor responde con todos sus bienes, presentes y futuros, del cumplimiento de sus obligaciones, vinculando su patrimonio y sus ingresos futuros al pago de deudas pretéritas.

DECIMO OCTAVA.- La liberación concursal de deudas respecto de la persona física da sentido al procedimiento concursal que se configura así como un instrumento hábil para la superación de la insolvencia del deudor, permitiéndole un *“fresh start”*, mediante el cual pueda recomponer su vida económica. Esta figura tiene como fundamento la responsabilidad limitada del deudor, la división del riesgo con los acreedores y la necesidad de recuperar al deudor para la actividad económica y el consumo, evitando su exclusión social. A ello debemos unir la voluntad de no estigmatizar a la persona sobreendeudada, conectándose de algún modo este efecto con las prestaciones derivadas del Estado social del bienestar.

DECIMO NOVENA.- A diferencia de lo que acontece con otras modalidades de exoneración de pasivo que denominamos impropias, como son el convenio con quita o la conclusión del concurso de la persona jurídica con pasivo insatisfecho, la liberación de deudas es un mecanismo propio de exoneración de pasivo insatisfecho. En este sentido, el efecto exoneratorio encuentra en la norma su origen legal y no se produce como consecuencia de otro hecho jurídico, como puede ser la extinción de la persona jurídica. Tampoco se vincula en modo alguno a la voluntad de los acreedores, como ocurre en el convenio con quita, sino al cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos y, en particular, al *“test de discharge”*.

VIGÉSIMA.- El deudor debe someterse a lo que se denomina *“test de discharge”*, quedando excluidos del beneficio aquellos supuestos en los que concurren comportamientos que pueden generar o agravar la situación de insolvencia y en la que subyace la conciencia de su delicada situación económica y una voluntad de perjudicar el interés de los acreedores, poniendo de manifiesto una evidente falta de honestidad del deudor. Se trata de proteger al deudor de buena fe, honesto, pero desafortunado, excluyendo del beneficio a quienes han llevado a cabo conductas censurables.

VIGÉSIMO PRIMERA.- En los modelos de derecho comparado analizados, este *“test de discharge”* se articula de distintos modos que, no obstante, podrían englobarse en dos grandes grupos. De un lado los sistemas

que solo contemplan un control “*ex ante*” del deudor en orden a la concesión de la liberación, como es el caso del Derecho Norteamericano, Francés o Italiano. De otro, aquellos sistemas que, tras una concesión provisional del beneficio, exigen un periodo posterior de buena conducta al deudor, como es el caso del Derecho Alemán o Portugués (“*control ex post*”).

VIGESIMO SEGUNDA.- En cuanto a los efectos de los mecanismos legales de exoneración de responsabilidad se extinguen las deudas anteriores a la declaración del concurso, incluso aunque no hubieran sido insinuadas en el mismo. Al producirse la extinción de la deuda por efecto legal y no por voluntad de los acreedores, no nos encontramos ante una condonación, que comporta una renuncia del titular del derecho y depende, por tanto, de una manifestación de la voluntad del acreedor, dado su origen legal, desvinculado de la voluntad de la contraparte, encontrándonos ante una categoría autónoma de extinción de las obligaciones.

VIGÉSIMO TERCERA.- En la generalidad de los ordenamientos de derecho comparado norteamericano y europeos determinadas categorías de deudas quedan legalmente excluidas de la “*discharge*” legal. Así, se excluyen las deudas alimenticias y, normalmente, las derivadas de obligaciones extracontractuales, así como las obligaciones tributarias y las de carácter sancionatorio.

VIGÉSIMO CUARTA.- La liberación de deudas no se extiende a los obligados solidarios, garantes o fiadores del deudor, manteniendo el acreedor incólumes sus acciones frente a estos coobligados, puesto que el carácter excepcional del instrumento de la liberación de deudas comporta su aplicación restrictiva, sin que pueda extenderse a sujetos distintos de sus beneficiarios, debiendo, en cuanto sea compatible, mantenerse las garantías constituidas para asegurar la efectividad del crédito.

VIGÉSIMO QUINTA.- A pesar de que la “*discharge*” es una figura regulada, con diversos matices, en numerosos países de nuestro entorno jurídico, como Estados Unidos, Francia, Italia, Alemania, Portugal o Bélgica, entre otros, y las instituciones de la Unión Europea, el Banco Mundial o las reglas UNCITRAL recomiendan su introducción, en España no se contemplaba,

hasta fechas muy recientes, tal instrumento en la legislación concursal lo que constituía un elemento de “*fórum shopping*”.

VIGÉSIMO SEXTA.- No obstante, han existido, tanto durante la redacción de la Ley 22/2003 Concursal, como durante la tramitación de la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal distintas iniciativas dirigidas a introducir en nuestra legislación tal figura. En este sentido la Disp. Adic. Única de la Ley 38/2011 concedía al Gobierno un plazo de seis meses para que remitiera a las Cortes Generales un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca.

VIGÉSIMO SÉPTIMA.- La Ley 14/2013 de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, ha introducido en nuestro derecho mecanismos de exoneración del pasivo insatisfecho, contemplando dos mecanismos, uno en relación a pequeños empresarios, profesionales y autónomos y conectado a un previo “Acuerdo extrajudicial de pagos” y, de otro, un mecanismo conectado a la conclusión del concurso por concusión de la liquidación previa modificación del art. 178.2 LC.

VIGÉSIMO OCTAVA.- Hasta la fecha de la aprobación de la citada Ley 14/2013 la ausencia de soluciones en nuestro derecho concursal al problema que planteaba la insolvencia de las personas físicas había motivado diversas resoluciones judiciales en virtud de las cuales, concluido el concurso de acreedores, se exoneraba en menor o mayor medida al deudor de sus deudas. No obstante, aunque coincidamos con las citadas resoluciones en la detección del problema y la falta de soluciones legales, consideramos que el principio de seguridad jurídica no permite radicar la concesión o denegación del beneficio de la liberación de deudas en la discrecionalidad judicial, abogando por una reforma legal en ese sentido que al final se ha producido.

VIGÉSIMO NOVENA.- Al margen de la existencia de un instrumento de exoneración de deudas en nuestro derecho concursal, existen otras figuras dirigidas a proteger a los deudores con escasos recursos, entre los que se sitúa la inembargabilidad de determinados bienes ex arts. 605, 606 y 607 LECiv. Así

mismo, el deudor persona física puede acudir a los mecanismos de refinanciación previstos legalmente ex art. 71.6 y Disp. adic. 4º LC.

TRIGÉSIMA.- No obstante, la mayor preocupación del legislador en España se ha centrado en la deuda hipotecaria, que constituye la mayor causa de insolvencia de las personas físicas como consecuencia de la adquisición de la vivienda habitual, situación agravada por la disminución del valor de las viviendas motivada por la crisis económica que padecemos. En este ámbito se han dictado dos importantes normas. Por un lado el RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, por otro la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que a su vez ha modificado el RDL 6/2012.

TRIGÉSIMO PRIMERA.- Estas normas han introducido de modo limitado la dación en pago de la vivienda como mecanismo exoneratorio de la deuda garantizada y una nueva redacción del art. 579 LECiv que introduce lo que se ha venido a denominar “*discharge parcial o sectorial*”, que permite al deudor hipotecario persona física liberarse de un porcentaje de la deuda generada por la adquisición de la vivienda habitual, que puede ser de un 35 % o de un 20% si la deuda restante tras la realización se satisface en cinco o diez años respectivamente.

TRIGÉSIMO SEGUNDA.- También se producirá una exoneración parcial de la deuda en el caso de la generación de plusvalías como consecuencia de la enajenación de la vivienda por el acreedor o sociedades de su grupo en el plazo de diez años desde la realización del bien. El efecto se produce ex lege, sin condicionarlo al consentimiento del único acreedor que se ve afectado por tal liberación de deuda y con independencia de la mala o buena fe del deudor. Nos encontramos, por consiguiente, ante una auténtica exoneración legal o propia. Ciertamente su ámbito no es el concursal y no afecta a la totalidad de las deudas, tan solo al pasivo insatisfecho de la deuda hipotecaria tras la subasta de la vivienda habitual.

TRIGÉSIMO TERCERA.- La experiencia práctica ha demostrado que el concurso de acreedores es un instrumento insuficiente para dar respuesta al

problema que genera la insolvencia de las personas físicas. Dado que las medidas existentes en nuestro derecho tampoco dan una respuesta satisfactoria, se hacía necesaria una reforma legal que introdujera de modo definitivo en nuestro derecho mecanismos de exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso, acompañada de la regulación de un procedimiento concursal específico de escasa complejidad para el deudor persona física consumidor.

TRIGÉSIMO CUARTA.- La Ley 14/2013 ha introducido en nuestro Ordenamiento Jurídico la figura de la exoneración del pasivo insatisfecho, aún cuando no ha regulado un procedimiento específico para consumidores, lo que, por tanto, sigue constituyendo una asignatura pendiente en nuestro Derecho. Aunque compartimos la conveniencia de la introducción de un instrumento de liberación de deudas, hasta ahora inexistente, en nuestro derecho, consideramos que la regulación que se ha hecho del mismo es confusa e insuficiente y no ha tenido en cuenta las experiencias del derecho comparado y las opiniones de los expertos.

TRIGÉSIMO QUINTA.- La regulación establece, de modo no debidamente justificado, un tratamiento distinto entre el empresario persona natural que intenta sin éxito un Acuerdo extrajudicial de pagos y cualquier otro concursado persona física; establece unos estándares muy bajos en orden a acceder a la exoneración, de tal modo que casi cualquier deudor podía ser candidato a obtener el beneficio, con el riesgo de que lo consigan personas de conducta poco ejemplar; por el contrario, exige abonar un elevado porcentaje de deuda que abarca no solo los créditos contra la masa, sino también los privilegiados y el veinticinco por ciento de los ordinarios, al menos en el caso contemplado con carácter general en el art. 178.2 LC, lo puede dificultar la aplicación práctica de la norma.

TRIGÉSIMO SEXTA.- La Ley 14/2013 no regula de modo claro el papel de los acreedores en este trámite, pues aunque es consustancial a la exoneración de deudas su aplicación ex lege, sin contar con la anuencia de los acreedores, debería reconocérseles un trámite de oposición, al menos por razones objetivas; tampoco se establecen mecanismos de control “ex post”; no

se establece una limitación temporal para su concesión, por lo que es posible que el deudor obtenga sucesivas liberaciones de deudas en periodos muy cortos de tiempo; por último, en relación a los efectos la norma no determina como afecta a garantes del concursado y deudores solidarios, cuestión trascendental que exigiría una regulación expresa por razones de seguridad jurídica.

TRIGÉSIMO SÉPTIMA.- Por todas estas razones, consideramos necesaria una reforma que regule estos aspectos, mejorando sustancialmente la regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho en nuestro derecho, en orden a lo cual hacemos las siguientes propuestas de lege ferenda.

TRIGÉSIMO OCTAVA.- En cuanto al modelo de exoneración de deudas que podría incluirse en nuestro derecho consideramos que solo debería aplicarse al deudor de buena fe o como se ha venido a denominar “*deudor honesto pero desafortunado*”. Es por ello que para acceder al beneficio debería superarse el “*test de discharge*”, quedando excluidos del beneficio legal los supuestos de concurso culpable; así como quienes hubieran incumplido el deber de solicitar el concurso, aunque no de lugar a la calificación culpable del mismo; los incursos en alguno de los supuesto del art. 105.1 LC; quienes hubieran incumplido los deberes de colaboración que les impone durante la tramitación del concurso el art. 42 LC; así como aquellos que hayan sido declarados personas afectadas por la calificación culpable de otro concurso o condenados como consecuencia del ejercicio de una acción de responsabilidad de administradores sociales. Tampoco debería concederse la liberación de deudas a quien ya hubiera obtenido ese beneficio dentro de los diez años anteriores. Con respecto al ámbito subjetivo, obviamente, solo afectaría a la persona física, siendo indiferente que realice o no una actividad económica.

TRIGÉSIMO NOVENA.- En lo que atañe al ámbito objetivo, existen determinadas deudas que no deberían resultar exoneradas tras la concesión del beneficio. Entre ellas deberían encontrarse las que gocen de garantía real, pero siempre hasta el límite de la garantía, pues de otro modo la liberación de deudas carecería de sentido. Tampoco debería extenderse a las deudas

alimenticias, ni a los créditos derivados de una obligación extracontractual. Por los motivos expresados anteriormente, el efecto exoneratorio no debería extenderse tampoco a los garantes, fiadores u obligados solidarios del deudor, manteniendo el acreedor sus acciones frente a estos coobligados.

CUADRAGÉSIMA.- Por último, al igual que acontece en el Derecho alemán, debería establecerse un periodo, posterior a la concesión del beneficio, en torno a los cinco años, durante el cual el deudor debería observar unas pautas de buena conducta y abonar un porcentaje de la deuda subsistente (*“control ex post”*). El control durante esta fase se encomendaría al administrador concursal y a los propios acreedores quienes deberían poner en conocimiento del Juez del concurso cualquier incidencia que pudiera dar lugar a la revocación del beneficio. Transcurrido el periodo de buena conducta, si el deudor ha cumplido con todas sus obligaciones y, en consecuencia, no hay causa alguna que justifique la revocación del beneficio, el administrador concursal emitiría un informe favorable y, previa audiencia a los acreedores, el juez acordaría la remisión definitiva de la deuda pendiente.

CUADRAGÉSIMO PRIMERA.- La introducción en nuestro derecho de un sistema de estas características, equilibrado y dotado de las suficientes garantías, junto con los otros mecanismos impropios de *“discharge”* que hemos analizado, dotaría al concurso de acreedores de una mayor eficacia como instrumento que permite superar la insolvencia del deudor, no solo persona jurídica, sino también de la persona física, incluso en el ámbito de soluciones no convencionales, permitiendo así al deudor persona física recomponer su vida económica, dando sentido al concurso de la persona física que ahora sí servirá para superar la situación de insolvencia de todo tipo de deudores.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, año 1985 nº 8 extraordinario dedicado a “Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal.

AA.VV., Nueva Ley Concursal. SALA, MERCADAL Y ALONSO CUEVILLAS coord. Barcelona, 2004.

AA.VV., Comentario de la Ley Concursal. ROJO, A. Y BELTRÁN, E. coord. Madrid, 2004.

AA.VV., Comentario a la Legislación Concursal. PULGAR EZQUERRA, J. ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C. Y ALCOVER GARAU, G. coord. Madrid, 2004.

AA.VV., Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, RAPOSO SUBTIL, A., ESTEVES, M., ESTEVES M. J., MARTINS, L. M. Dir. Oporto, 2004

AA.VV., Estudios sobre la Ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia. Madrid, 2005.

AA.VV., Ley Concursal (Comentarios, jurisprudencia y formularios). GALLEGO SÁNCHEZ, E. Coordinadora. Las Rozas, 2005.

AA.VV. Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia, MORAN BOVIO, D. Coord. Monografías de la RcP. Ed. La Ley. Nº 5/2006.

AA.VV. Enciclopedia de Derecho Concursal. BELTRÁN, E. Y GARCÍA-CRUCES, J.A. Dir. Cizur Menor, 2012.

ALCOVER GARAU, G.: Comentario a los arts. 101 a 103 en Comentario a la Legislación Concursal. PULGAR EZQUERRA, J. ALONSO UREBA, A.,

ALONSO LEDESMA, C. Y ALCOVER GARAU, G. coord. Madrid, 2004. Pág. 1048-1058

ALEJANDRE, J.A., *La Quiebra en el Derecho histórico español anterior a la Codificación*, Sevilla, 1970.

ALONSO ESPINOSA, F.J.: Comentario al art. 179 en *Comentarios a la Legislación Concursal*, PULGAR EZQUERRA, J., ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C. Y ALCOVER GARAU, G. coord. Madrid, 2004. Pág. 1491.

ALONSO LEDESMA, C. *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar: Propuestas de regulación en el procedimiento concursal*, en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*. CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. Coord. Cizur Menor, 2009. Pág. 459-468.

Créditos contra la masa y créditos concursales: comunicación y reconocimiento de créditos, en *El concurso de acreedores, adaptado a la Ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*. PULGAR EZQUERRA, J., directora. Las Rozas, 2012. Pág. 287-364.

ÁLVAREZ RUBIO, J. Algunas reflexiones en torno a la reforma del "fresh start" del consumidor en USA, en *ADCo Aranzadi* nº 14/2008. Pág. 233-259.

ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M.: El poder de decisión de los acreedores en el concurso. *Estudios de derecho concursal*. Cizur Menor, 2005.

ÁLVAREZ VEGA, M.I., *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*. Cizur Menor, 2010.

AMBROSINI, Gli Accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge Fallimentare: prime riflessioni. *Il Fallimento*, nº 8/2005. Pág. 949-951.

ARÍAS RAMOS-ARÍAS BONET, *Derecho Romano, II*, Madrid, 1986

AZOFRA VEGAS, F., *La invulnerabilidad de los acreedores financieros con garantía real a la homologación de los acuerdos de refinanciación*. RcP. La Ley nº 16. Pág. 127-141.

BELTRÁN, E. La liquidación. RPJ nº XVIII, especial sobre la Ley Concursal. Madrid, 2004. Pág. 409-481.

Los créditos nacidos tras la aprobación del convenio en caso de apertura de la fase de liquidación, en ADCo. Aranzadi, nº 10. Pág. 509-519.

Insolvencia de las familias en la Ley Concursal española, en El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los consumidores. TOMILLO URBINA, J. director, ÁLVAREZ RUBIO, J. coordinador. Cizur Menor, 2008. Pág. 199-209.

Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores. Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo 50, 2010. pág. 157-183.

La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores, en La liquidación de las sociedades mercantiles, ROJO, A. y BELTRÁN, E. Directores. Valencia, 2011. Pág. 407-442.

La extinción de la persona jurídica en la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa declarada en el propio auto de declaración de concurso (auto JM 1 Palma de Mallorca 22.2.2012). ADCo. Aranzadi nº 27/2012. Pág. 373-386.

Voz Liquidación concursal. Enciclopedia de Derecho Concursal. Tomo II BELTRAN, E. y GARCÍA-CRUCES, J.A. Dir. Cizur Menor, 2012. Pág. 1965-1982.

BELTRÁN, E. y MARTÍNEZ FLOREZ, A. Comentario al art. 178 en Comentario de la Ley Concursal. ROJO, A. y BELTRÁN, E. coord. Tomo II. Madrid, 2004. Pág. 2642-2676.

BERMEJO, N. Comentario a los arts. 135 y 136 en Comentario de la Ley Concursal. ROJO, A. Y BELTRÁN, E. coord. Madrid, 2004. Pág. 2234-2248.

BERROCAL LANZAROT, A.I., Crisis matrimonial y concurso en Familia y Concurso de acreedores, CUENA CASAS, M. coord. Thomson Civitas. Cizur Menor, 2010. Pág. 319-419.

BISBAL MENDEZ, J., Los fines del sistema concursal. RJC, nº 3, 1984. Pág. 559 y ss.

La empresa en crisis y el derecho de quiebras. Bolonia, 1986.

Leyes concursales o Derecho concursal. Diario La Ley, Nº 7714/ 2011.

BLANQUER UBEROS, R., El concurso de los cónyuges en gananciales o impropiaamente el concurso del matrimonio, RcP, La Ley. nº. 9/2008. Pág. 17-41.

BLASCO, F.: Inexistencia e insuficiencia de activo. El llamado concurso sin masa. ADCo. Aranzadi, núm. 18/2009. Pág. 171-198.

BLÖSE. Erleichterung der Sanierung von Unternehmen Referentenentwurf des ESUG, GmbHR, 2001, R81

BONFATTI, S. Los procedimientos concursales en Italia: entre las perspectivas de reforma y las disposiciones urgentes en “El concurso de sociedades en el Derecho Europeo. Monografías de la RcP. La Ley, 1/2004. Pág. 101-115.

Reforma concursal italiana versus reforma española. RcP, La Ley 8/2008. Pág. 57-77.

BORK. Grundfragen des Restrukturierungsrecht, ZIP 2010. Pág. 397-413.

BROSETA, M., Manual de Derecho Mercantil, Madrid, 1983.

BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., Manual de Derecho Mercantil. Vol. I. Madrid, 2009.

CABANAS TREJO, R.: Régimen de Gananciales y concurso de la persona física. Hospitalet de Llobregat, 2012.

CACHÓN CADENAS, M., El embargo. Barcelona, 1991.

CERRATO, E. La discriminación negativa del consumidor ante la ejecución de garantías reales en la Ley Concursal. ADCo. Aranzadi, nº 26/2012. Pág. 239-249.

CHATAIN, P./FERRIÈRE, F.: Le surendettement des particuliers. París 2000.

COLINO MEDIAVILLA, J.L.: Concurso de consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges. (Comentario al auto de declaración de concurso voluntario de 29 de diciembre de 2004, del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona), en RcP. La Ley, nº 3. Pág. 209-251.

Concurso del Consumidor, en Convergencias y Paralelismos en el Derecho de Sociedades y en el Derecho Concursal en el marco Estados Unidos-Unión Europea. III Seminario Harvard-Complutense de Derecho de los negocios. Madrid, 2007. Pág. 377-388.

Tratamiento de la crisis patrimonial del consumidor: ¿Procedimiento colectivo extrajudicial preconcursal, procedimiento colectivo preventivo o procedimiento concursal especial?, en Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar. CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. coordinadores. Cizur Menor, 2009. Pág. 429-457.

Créditos participativos y concurso de acreedores. Monografías de la RcP. Ed. La Ley nº 12. Getafe, 2010.

CORDÓN MORENO, F. La intervención judicial en el concurso, en “La intervención judicial en el convenio” RPJ nº XVIII, especial sobre la Ley Concursal. Madrid, 2004. Pág. 207-239.

CRISTAS, A. Exoneração do devedor pelo passivo restante, Themis, Almedina, Coimbra, 2005

CUENA CASAS, M., El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad. Cizur Menor, 2008.

El derecho de alimentos en el concurso de acreedores. ADCo. Aranzadi. Nº 20, 2010. Pág. 65-108.

Fresh start y mercado crediticio español y estadounidense, en RcP. La Ley 15/2011. Pág. 565-593.

Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente (A propósito del Auto del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010), en RDBB. Lex Nova, nº 125. Pág. 289-320.

Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: intentos de regulación y ninguna solución. RcP. La Ley nº 17/2012. Pág. 97-110.

CUENA CASAS, M. y MAS-GUINDAL, J., Familia y concurso de acreedores, en Tratado de Derecho de Familia, YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M. directores. Vol. IV. Cizur Menor, 2011. Pág. 417-639.

DE CARVALHO FERNÁNDES, A. “La exoneración del pasivo restante en la insolvencia de las personas naturales en el Derecho portugués” RcP. La Ley nº 3/2005. Pág. 379-394.

A exoneração do passivo restante na insolvência das pessoas singulares, Colectânea de Estudos Sobre a Insolvência, Quid Juris, Lisboa, 2009. Pág. 275-310

DE LA CUESTA RUTE, J.M. El convenio concursal, comentarios a los arts. 98 a 141 de la Ley Concursal, Cizur Menor, 2004.

El convenio concursal y la conservación de la empresa en Estudios sobre la Ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia. Tomo IV. Madrid, 2005. Pág. 4483-4507.

A propósito de la función del convenio en el concurso, en ADCo. Aranzadi, nº 4/2005. Pág. 7-63.

Persona física y consumidor, en Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar, CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L., coordinadores. Cizur Menor 2009. Pág. 103-118.

DE LA MORENA SANZ, G. y PARRA BAUTISTA, J.R., El concurso del consumidor o de la insolvencia de las personas físicas y las familias. Sabadell, 2010.

DÍAZ ALABART, S., Los alimentos del deudor en el concurso, en Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar, CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L., coordinadores. Cizur Menor 2009. Pág. 259-290.

DÍAZ MORENO, A.: Comentarios a los arts. 127 a 131 en Comentario de la Ley Concursal. ROJO, A. Y BELTRÁN, E. coord. Madrid, 2004. Pág. 2136-2199.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: Sistema de Derecho Civil, Vol. II, Obligaciones y contratos. Técnos, Madrid, 1983.

DÍEZ-PICAZO, L., Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial". Vol. I. Madrid 1983.

DOMÍNGUEZ CABRERA, M. La posición jurídica del consumidor insolvente. ADCo, Aranzadi, nº 25/2012. Pág. 95-146.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., El presupuesto subjetivo del concurso: Sujeto pasivo, en El concurso de acreedores, adaptado a la Ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal. PULGAR EZQUERRA, J., directora. Las Rozas, 2012. Pág. 111-146.

ENCISO, M.: La judicialización de los convenios extrajudiciales. La propuesta anticipada de convenio. Monografías de la RcP. La Ley 6/2007.

La eficacia del convenio, en Tratado Práctico del Derecho Concursal y su reforma. MARTÍNEZ SANZ, F. Director. Madrid, 2012. Pág. 795-816.

ESPIGARES HUETE, Algunas consideraciones sobre los límites subjetivos a la eficacia del convenio según la nueva regulación concursal en Estudios sobre la Ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia. Tomo IV. Madrid, 2005. Pág. 4509-4525.

FALCONE, G., Prestito responsabile e sovraindebitamento del consumatore en Revista de Diritto Fallimentare 2010 I. Pág. 652-669.

La reforma del Derecho italiano de tratamiento de las crisis por sobreendeudamiento. RcP. La Ley, nº 17/2012. Pág. 331-335.

FERNÁNDEZ AGUADO, J.L. Conclusión y reapertura del concurso del deudor persona física. En Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar. CUENA CASAS, M. Y COLINO MEDIAVILLA, J.L. Coord. Cizur Menor, 2009. Pág. 361-378.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A.: Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso, en La Nueva Ley concursal, Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII, GARNICA MARTÍN J.F. director. Madrid, 2003. Pág. 19-125.

FERNÁNDEZ CARRÓN, C. El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas. Cizur Menor, 2008.

FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I., Una propuesta sobre patrimonio familiar inembargable. ADCo. Aranzadi nº 6/2005. Pág. 207-247.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., Reflexiones sobre las soluciones preconcursales. RcP. La Ley nº 16/2012. Pág. 115-125.

FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., Concurso de personas físicas: Sobreendeudamiento familiar y situación de los consumidores en el marco de un procedimiento concursal en El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los consumidores. TOMILLO URBINA, J. director, ÁLVAREZ RUBIO, J. coordinador., Cizur Menor, 2008. Pág. 257-282.

FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R., El convenio en el concurso de acreedores, Cuadernos de Derecho Judicial “La nueva Ley Concursal” nº XVIII. GARNICA MARTÍN J.F. director. Madrid, 2003. Pág. 457-498.

FERRÉ, J., La liberación de deudas en el concurso del consumidor (un apunte de derecho alemán), En ADCo, Aranzadi nº 7/2006. Pág. 205-226.

FERREIRA COLAÇO DA CONCEIÇÃO, A.F., La insolvencia de los consumidores en el derecho positivo español y portugués. Retrato de una reforma inacabada. Tesis doctoral, Salamanca 2011. Disponible en

http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/115562/1/DPP_FerreiraCola%C3%A7odaConcei%C3%A7aoAF_LaInsolenciadelosConsumidores.pdf

FERRI, C., L'Esdebitazione en Il Fallimento nº 9/2005. Pág. 1085-1093.

FRIND. Zum Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, ZINsO 2010. Pág. 1473-1524.

FUENTES DEVEESA, R., La declaración y conclusión simultánea de concurso o concurso express. Madrid, 2013.

GADEA SOLER, E.: La reapertura del concurso prevista en la Ley Concursal en La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura, GACEA SOLER, E., NAVARRO LÉRIDA, M.S. y SACRISTÁN BERGIA, F. autores. Monografías de la RcP. La Ley nº 11/2009. Getafe, 2010. Pág. 153-206.

Reapertura y conclusión del concurso por insuficiencia de masa en la proyectada reforma concursal. RcP. La Ley, núm. 15/2011. Pág. 367-375.

GALÁN CORONA, E. Consideraciones sobre el convenio anticipado en la Ley Concursal, en Libro Homenaje a Manuel Olivencia. Tomo IV. Madrid, 2005. Pág. 4551-4576.

GALÁN LÓPEZ, C. Comentario al at. 76 en Comentarios a la Legislación concursal. Coord. PULGAR EZQUERRA, J. ALONSO LEDESMA, C., ALONSO UREBA, A. y ALCOVER GARAU, G. Madrid 2004. Pág. 802-810

GALLEGO SÁNCHEZ, E. Comentario a los arts. 133 a 135 en Comentario a la Legislación Concursal. PULGAR EZQUERRA, J. ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C. Y ALCOVER GARAU, G. coord. Madrid, 2004. Pág. 1238-1256.

Comentario al art. 136, en Ley Concursal (Comentarios, jurisprudencia y formularios). GALLEGGO SÁNCHEZ, E. Coordinadora. Las Rozas, 2005. Tomo II. Pág. 377-378.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J. La reforma de la Ley Concursal (Una primera lectura del Real Decreto Ley 3/2009). Cizur Menor, 2009.

GARCIA-CRUCES, J.A. Comentario al art. 170 en Comentario de la Ley Concursal. ROJO, A. y BELTRÁN, E. coord. Tomo II. Madrid, 2004. Pág. 2563-2569.

GARCIA MARRERO, J. Algunas consideraciones en torno a la quita y espera como contenido del convenio de acreedores, en Boletín de Derecho Mercantil año II nº 12, marzo 2009.

Los acuerdos de refinanciación, en Tratado Judicial de la Insolvencia, PRENDES CARRIL, P. y MUÑOZ PAREDES, A. Directores. Cizur Menor, 2012. Pág. 291-340.

GARCÍA VICENTE, J.R., ¿Un régimen especial para el concurso del consumidor? Notas sobre la liberación de deudas pendientes en ADCo. Aranzadi, nº 20/2010. Pág. 205/234.

GARCÍA VILLAVERDE, R. Créditos participativos, en Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Libro homenaje a Evelio Verdura. Tomo II. Madrid 1994. Pág. 1081-1123.

Convenio de la quiebra, en EJB, Volumen I, Madrid 1995. Pág. 1692-1697.

GARRIDO, J.M. Comentarios al art. 134 en Comentario de la Ley Concursal. ROJO, A. Y BELTRÁN, E. coord. Madrid, 2004. Pág. 2221-2232.

GARRIGUES, J. Curso de Derecho Mercantil, II, 8ª Ed. Madrid, 1983

GONDRÁ, M. Reflexiones en torno a la “funcionalidad” del sistema proyectado, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, año 1985 nº 8 extraordinario dedicado a Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal. Pág. 145-177.

Convenio y Reorganización en la nueva Ley concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórica comparada en Estudios

sobre la Ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia. Tomo IV. Madrid, 2005. Pág. 4577-4600.

GONZÁLEZ BILBAO, E. Identificación de los "intereses concurrentes" y del "interés del concurso" en la nueva Ley Concursal en Estudios sobre la Ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, Tomo I. Madrid, 2005. Pág. 293-314.

GONZÁLEZ CABRERA, I. y ESTUPIÑAN CÁCERES, R. La figura del empresario individual de responsabilidad limitada. Al hilo de una proposición de ley de mayo de 2008. RdS. Aranzadi nº. 32/2009 1. Pág. 341-356.

GONZÁLEZ GONZALO, A. Comentarios a la Ley Concursal, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Coordinador. Vol. I. Madrid, 2004. Pág. 1125-1192.

GONZÁLEZ PACHÓN, L. El contenido dilatorio y remisorio en el convenio concursal. RcP. La Ley, núm. 8/2008. Pág. 467-474.

GÓRRIZ LÓPEZ, C., La extinción de los créditos concursales no satisfechos durante el concurso (AJM 3 Barcelona 26.10.2010), en ADCo. Aranzadi. Nº 26/ 2012. Pág. 475-493.

GOXENS DUCH, A., Suspensión de pagos y quiebras, Madrid, 1950

GOZALO LÓPEZ, V., La protección de los consumidores en el procedimiento concursal, en El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los consumidores. TOMILLO URBINA, J. director, ÁLVAREZ RUBIO, J. coordinador. Cizur Menor, 2008. Pág. 283-297.

GUASP, J., Derecho procesal civil, Madrid, 1968,

GUILARTE, V., La Liquidación de la sociedad de gananciales del concursado, en ADCo. Aranzadi nº 5/2005. Pág. 61-100.

GUIOTTO, A. La nuova procedura per l'insolvenza del soggetto nom fallibile: osservazioni in itinere. Il Fallimento, nº1 1/2012. Pág. 21-32.

GULLÓN BALLESTEROS, A. Comentario al art. 1911 del Código Civil, en Comentario del Código Civil, Tomo II, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., BERCOVOTZ, R. y SALVADOR CORDECH, P. directores. Madrid, 1993. Pág. 2055-2056.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., El sobreendeudamiento doméstico: Prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso. Cizur Menor, 2009.

GUTIÉRREZ GILSANZ, A. Comentario al art. 136 en Comentario a la Legislación Concursal. PULGAR EZQUERRA, J. ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C. Y ALCOVER GARAU, G. Coord. Madrid, 2004. Pág. 1257-1260.

Tutela de los acreedores frente al convenio concursal. Oposición, nulidad y declaración de incumplimiento. Monografías de la RcP. La Ley. 7/2007

La nulidad del Convenio concursal en RcP. La Ley, nº 6/2007. Pág. 83-117.

El consentimiento en el convenio mediante conversión de créditos en acciones, participaciones sociales o créditos participativos en RcP. La Ley, nº 10/2009. Pág. 279-293.

La reforma del convenio concursal en RcP. La Ley nº 15/2011. Pág. 75-90.

HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C., Repercusiones de la declaración de concurso en la prestación civil de alimentos, en Familia y Concurso de acreedores, CUENA CASAS, M. coord. Thomson Civitas. Cizur Menor, 2010. Pág. 467-496.

HÖLDER FRAU, H.A. El convenio en la quiebra y en la Ley concursal. Valencia, 2005.

HÖLZLE. Die erleichterte Sanierung von Unternehmen in der Nomenklatur der InsO in hehres Regelungsziel des RefE-ESUG.

HUALDE, I. El problema de la vivienda habitual en el concurso del consumidor. ADCo, Aranzadi, nº 25/2012. Pág. 185-206.

IGLESIAS, J, Derecho romano. Instituciones de Derecho Privado, Barcelona, 1982.

JACKSON, T.H. The logic and limits of the Bankruptcy Law. Beardbooks. U.S 2001.

JACOBY, M.B. Perspectivas empíricas y de política jurídica sobre el concurso de los consumidores en los Estados Unidos, en Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar, CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L. coordinadores. Cizur Menor, 2009. Pág. 381-399.

JIMÉNEZ PARÍS, T, Vivienda familiar y concurso de acreedores, en Familia y concurso de acreedores. CUENA CASAS, M. coord. Cizur Menor, 2010. Pág. 259-317.

El fresh start o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010. RCDI 2011, nº 729. Pág. 516-557.

KAREN GROSS, J.D. La insolvencia de los consumidores en el Derecho de los EEUU, en El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los consumidores. TOMILLO URBINA, J. director, ÁLVAREZ RUBIO, J. coordinador. Cizur Menor 2008. Pág. 229-236.

KRESSER. Debt-equity-swaps im Insolvenzplanverfahren de lege ferenda, ZInsO 2010. Pág. 1409-1411.

LARA, R., La extinción de la sociedad, en La liquidación de las sociedades mercantiles, ROJO, A. y BELTRÁN, E. Dir. Valencia, 2011. Pág. 297-322.

LARGO GIL, R. Convenio concursal mediante modificación estructural de la sociedad concursada en RcP. La Ley, nº 9/2008. Pág. 87-116.

LAWLESS, R.M. y WARREN, E.: Los cambios de la normativa concursal estadounidense en 2005: reduciendo parte de la red de seguridad, en RcP. La Ley nº 6/2007. Pág. 405-413.

LAWLESS, R. La ley concursal estadounidense de 2005. Cómo llegamos a ella y hacia dónde vamos en RcP. La Ley nº 8/2008. Pág. 99-111.

LÓPEZ CURBELO, El convenio en la Ley concursal especial referencia a su contenido, en Estudios sobre la Ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia. Tomo IV. Madrid, 2005. Pág. 4601-4630.

MAJADA, A., Manual de concurso, suspensión de pagos y quiebra. Barcelona, 1975

MARCHITTO, L., Appunti in tema di esdebitazione del fallito, en Riv. notar., 2008, I. Pág. 843-846.

MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A. Comentarios a los arts. 133 a 141 en Comentarios a la legislación concursal, SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., directores. Tomo III. Valladolid, 2004. Pág. 2467-2533.

MARQUÉS VILALLONGA, J.M., La inembargabilidad de determinados bienes ¿Un fresh start en nuestro sistema concursal? En RcP. La Ley. Nº 15/2011. Pág. 223-231.

MARTÍNEZ FLOREZ, C. Comentarios al art. 137 en Comentario de la Ley Concursal. ROJO, A. Y BELTRÁN, E. Coord. Madrid, 2004. Pág. 2249-2264.

La extinción de las sociedades de capital a causa de la conclusión del concurso. Cizur Menor, 2013.

MARTINS, L.M. Recuperação de pessoas singulares. Coimbra, 2011.

MENEZES LEITÃO, L. M. T., Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, 2.^a ed. Coimbra, 2005.

Direito da Insolvência, Almedina, Coimbra, 2007

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A. Y BARONA VILAR, S., Derecho jurisdiccional II. Proceso Civil. Valencia, 2000.

MORÁN BOVIO, D., Procedimiento, en Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia, MORAN BOVIO, D. Coord. Monografías de la RcP. Ed. La Ley. Nº 5/2006. Pág. 161-178.

MORILLAS M.J., Comentarios a los arts. 139 y 141 en Comentario de la Ley Concursal. ROJO, A. Y BELTRÁN, E. coord. Madrid, 2004. Pág. 2269-2275 y 2289-2293.

MOYA BALLESTER, J., La conclusión de los concursos sin masa de las sociedades de capital. ADCo. Aranzadi. Nº. 29/2013. Pág. 121-149.

NAVARRO LÉRIDA, M.S., La inexistencia de bienes y derechos como presupuesto de la conclusión en La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura, GADEA SOLER, E., NAVARRO LÉRIDA, M.S. y SACRISTÁN BERGIA, F. autores. Monografías de la RcP. La Ley nº 11/2009. Getafe, 2010. Pág. 23-88.

NICODEMO, L., Effetti del fallimento per il debitore ed esdebitazione, en AMBROSINI, S. dir., Le nuove procedure concorsuali, Torino-Bologna, 2006. Pág. 89-94.

NIETO DELGADO, C., Liquidación societaria y extinción de la persona jurídica concursada. ADCo. Aranzadi. Nº 29/2013. Pág. 241-255.

NIGRO, A., La insolvencia de las familias en el Derecho Italiano en ADCo, Aranzadi 12/2007. Pág. 215-231.

NORELLI, E., L'esdebitazione, en FABIANI, M, PATTI, A. dir., La tutela dei diritti nella riforma fallimentare, Milano, 2006.

OLIVENCIA RUIZ, M., Facultades del juez y voluntad de las partes en el procedimiento de declaración de concurso. RPJ nº XVIII, especial sobre la Ley Concursal, Madrid, 2004. Pág. 25-55.

La declaración de Concurso, en “La Nueva Ley Concursal”. OLIVENCIA RUIZ, M., director. Estudios de Derecho Judicial nº 59. Madrid, 2005. Pág. 19-108.

ORDIZ FUENTES, M. C., La administración y el crédito público en el concurso, en Esfera, Derecho Concursal. NIETO DELGADO, C., coord. Valencia, 2012. Pág. 409-444.

PACCHI, S., El sobreendeudamiento. El régimen italiano de “iure condito” y de “iure condendo”. ADCo. Aranzadi. Nº. 29/2013. Pág. 323-366.

PAISANT, G., La insolvencia de los consumidores en el Derecho francés, en El futuro de la protección jurídica de los consumidores. TOMILLO URBINA, J. DIR. Y ÁLVAREZ RUBIO, J. Coord. Cizur Menor, 2008. Pág. 237-249.

PANZANI, L., L'esdebitazione. La riforma del fallimento e delle procedure concorsuali: una riforma mancata, en Le società, 2007. Pág. 475-483.

La composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il D.L. 179/2012, en Treccani.it, L'Enciclopedia Italiana, 2013. Disponible en http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_processuale_civil_e_e_delle_procedure_concorsuali/2_Panzani_sovraindebitamento_2.html

PASI, F., L'esdebitazione, en FAUCEGLIA, G. dir., Fallimento e altre procedure concorsuali, Torino, 2009. Pág. 1351-1364.

PEÑAS MOYANO, B., Concurso de Consumidores, en RcP. La Ley, nº 8/2008. Pág. 229-246.

PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., Cuestiones en torno al convenio de la quiebra, en Estudios en Homenaje al profesor Rodrigo Uría, Madrid, 1.978. Pág. 526-546.

PEROCHON, F. El nuevo Derecho Francés de empresas en dificultades surgido de la Ley de 26 de julio de 2.005 de salvamento (Sauvegarde) de las empresas. RcP, La Ley 8/2008. Pág. 79-97.

PEROCHON F. y BONHOMME, Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement. París 2006.

PERDICES HUETOS, A. B., Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal. Estudios de Derecho Concursal. Cizur Menor, 2005.

PLANES MORENO, M.D., La vivienda familiar, en Los Procesos de familia: una visión judicial. HIJAS FERNÁNDEZ, E., Coord. Madrid, 2009. Pág. 851-903.

PORFIRIO CARPIO, L.J. La junta de acreedores. Estudios de Derecho concursal. Cizur Menor, 2008.

POTTOW, J.A.E. Un primer estudio de los cambios de la ley concursal estadounidense de 2005, en RcP. La Ley nº 3/2005. Pág. 355-363.

PULGAR EZQUERRA, J.: La reforma del Derecho concursal comparado y español (Los nuevos institutos concursales y reorganizativos). Madrid, 1994.

La cancelación registral de las sociedades de capital. Madrid 1998.

Las soluciones al concurso de acreedores: El convenio y la liquidación, en Derecho concursal. Estudio sistematizado de la L 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal. GARCÍA VILLAYERDE, R. ALONSO UREBA, A. Y PULGAR EZQUERRA, J. directores. Madrid, 2003. Pág. 435-485.

Comentario al art. 100 en Comentario a la Legislación Concursal. PULGAR EZQUERRA, J. ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C. Y ALCOVER GARAU, G. coord. Madrid, 2004. Pág. 973-1008.

La inexistencia o insuficiencia de masa en sede de declaración de concurso de acreedores, en Homenaje a Rafael García Villaverde Tomo III. Barcelona 2007. Pág. 2007-2049.

Los convenios de asunción de pasivo en el marco de la transmisión concursal de la empresa. RDM nº 266. Madrid, 2007. Pág. 889-940.

Concurso y consumidores en el marco del Estado social de bienestar en RcP. La Ley, nº 9/2008. Pág. 43-73.

Modificaciones estructurales y concurso de acreedores en el marco de la Ley 3/2009, de 3 de abril, en Diario La Ley, nº 7265.

El concurso de acreedores. La declaración, Las Rozas, 2009

Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal” en Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. ARTIGAS, F., FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ALONSO UREBA, A., VELASCO SANPEDRO, L. Y ESTEBAN VELASCO, G. directores. Cizur Menor, 2009. Tomo II. Pág. 729-771.

El presupuesto objetivo de la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores en Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar. CUENA CASAS, M. Y COLINO MEDIAVILLA, J.L. Coord. Cizur Menor, 2009. Pág. 63-101.

Rescisión concursal y aprobación judicial del convenio. Clausulas convencionalmente pactadas. RDM, Aranzadi, nº 279/2011. Pág. 147-176.

Preconcurso y acuerdos de refinanciación. Las Rozas, 2012.

Las soluciones negociadas al sobreendeudamiento de la persona física en Derecho español. Dialogi Europei (en prensa)

La protección contractual del sobreendeudamiento del consumidor. Anales de la Academia Matritense del Notariado, nº 53. Tomo L III. Pág. 385-424.

Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad. Diario La Ley nº 8141. Sección doctrina. 4 de septiembre de 2013.

Extinción y cancelación de sociedades de capital sin activo. RdS. Aranzadi nº 41/2013. En prensa.

Implicaciones concursales de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, Especial Emprendedores, las leyes

que les apoyan. La Ley. Disponible en web: <https://tienda.smarteca.es/p/337/especial-emprendedores-las-leyes-que-les-apoyan>

QUIJANO GONZÁLEZ, J. La Junta de acreedores en el nuevo Derecho concursal español, en Derecho concursal. Estudio sistematizado de la L 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal. GARCÍA VILLAVARDE, R. ALONSO UREBA, A. Y PULGAR EZQUERRA, J. directores. Madrid, 2003. Pág. 235-273.

REIFNER, U. Thou shall pay thy debts. Personal bankruptcy law and inclusive contract law, en NIEMI-KIESILAINEN, J., RAMSAY, I, WHITFORD, W. "Consumer Bankruptcy in global perspective". Hart publishing. Portland 2003. Pág. 194-228.

REIFNER, U. y FORD, J., Banking for People: Consumer debts and unemployment in Europe. National Reports. Berlín/New York, 1992.

RENDÉLS. ESUG. Richtige Tendenzen des Referentenentwurfs, InDAT-Report, 2011. Pág. 46-50.

RIGGERT. Die Auswahl des Insolvenzverwalters -Gläubigerbeteiligung des Referentenentwurfs zur InsO, NZI 2011. Pág. 121-126.

RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E.: Declaración de concurso voluntario sin masa activa. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, núm. 3/2008. Pág. 11-17.

Comentario al auto del JM nº3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, que extingue deudas concursales de personas físicas. Aranzadi Doctrinal núm. 1/2011. BIB 2011/257. Pág. 25-32.

RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. La existencia de activo realizable como requisito de procedibilidad en el concurso. RcP. La Ley núm. 12/2010. Pág. 37-57.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: La retribución de los administradores concursales, La Ley núm. 6.256, de 19 de mayo de 2005.

ROJO, A. La reforma del Derecho Concursal español, en La reforma de la legislación concursal. ROJO, A. Dir. Madrid-Barcelona 2003.

Comentario a los arts. 99 a 103 y 133 y 140 en Comentario de la Ley Concursal. ROJO, A. Y BELTRÁN, E. coord. Madrid, 2004. Pág. 1853-1930, 2212-2220 y 2276-2293.

El contenido del convenio, RPJ nº XVIII, especial sobre la Ley Concursal, Madrid, 2004. Pág. 357-408.

La adhesión de los acreedores. ADCo, Aranzadi, nº 1/2004. Pág. 11-47.

El convenio anticipado. Madrid, 2004.

El convenio. Curso de Derecho Mercantil II, URÍA, R. Y MENÉNDEZ, A. coord. 2ª Ed. Cizur Menor, 2007. Pág. 1045-1076.

Problemas y cuestiones en torno al sobreendeudamiento e insolvencia de las familias españolas, en El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los consumidores. TOMILLO URBINA, J. director, ÁLVAREZ RUBIO, J. coordinador., Cizur Menor, 2008. Pág. 251-255.

RUBIO VICENTE, P.J. A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso. RcP. La Ley nº 6/2007. Pág. 133-167.

La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo: a propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas (asunto 671/2007-C 4, concurso sección 1ª). RcP, La Ley nº 14/2011. Pág. 229-250.

SACRISTÁN BERGIA, F., La declaración de la conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y sus efectos, en La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura, GADEA SOLER, E., NAVARRO LÉRIDA, M.S. y SACRISTÁN BERGIA, F. autores. Monografías de la RcP. La Ley nº 11/2009. Getafe, 2010. Pág. 89-152.

SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C. Cuestiones sobre la reapertura del concurso en caso de conclusión por insuficiencia de la masa. ADCo, nº 27/2012. Pág. 207-223.

SAINT-ALARY HOUIN, C. La prevención de las crisis económicas en el Derecho Francés en El concurso de sociedades en el Derecho Europeo. Monografías de la RcP. La Ley, 1/2004. Pág. 191-222.

El tratamiento de las dificultades financieras de los particulares en Francia en Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar, CUENA CASAS, M. y COLINO MEDIAVILLA, J.L., coord.. Cizur Menor, 2009. Pág. 401-415.

SALA REIXACHS, A., Las causas de impugnación al convenio en la Suspensión de Pagos, Barcelona, 1988.

Nueva Ley Concursal, SALA, A., MERCADAL, F. y ALONSO-CUEVILLAS, J. coord. Barcelona, 2004.

SÁNCHEZ CALERO, F., Instituciones de Derecho Mercantil, V. II, Madrid, 2002

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. Tarjetas de crédito y tutela del consumidor, en Nuevas formas contractuales y el incremento del endeudamiento familiar. Estudios de Derecho judicial, nº 50. Madrid, 2004. Pág. 437-484.

SANJUAN Y MUÑOZ, E., La subordinación del crédito por obstaculización del contrato (artículo 92.7 Ley Concursal). RcP. La Ley nº 13/2010. Pág. 349-354.

SANTANA PÁEZ E, y SENENT MARTÍNEZ; S. Algunas cuestiones sobre el derecho de alimentos en el concurso, en ADCo. Aranzadi. Nº 12/2007. Pág. 165-175.

SANTORO, V. Comentario a los artículos 142-144, en NIGRO, A. SANDULLI, M., SANTORO, V. dir., La legge fallimentare dopo la riforma, II, Torino, 2010. Pág. 1861-1865.

La liberación de deudas (Esdebitazione) en el Derecho Italiano. RcP, La Ley 13/2010. Pág. 411-424.

SARAZÁ JIMÉNEZ, R. El convenio del concurso. Una visión judicial en RcP. La Ley, nº 2/2005. Pág. 67-96.

SCARSELLI, G., L'esdebitazione della nuova legge fallimentare, en Diritto. fallimentare., 2007, I. Pág. 29-42.

L'esdebitazione e la soddisfazione dei creditori chirografari, en Il Fallimento, 2008. Pág. 819-821.

L'incostituzionalità dell'istituto dell'esdebitazione", en Foro it., 2008, I. Pág. 2393-2396.

SCHMIDT, K. Fundamentos del Nuevo Derecho Concursal Alemán- la ley alemana de insolvencia de 1994 (InsO)- Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001. GARCÍA VILLAYERDE, R., ALONSO UREBA, A., PULGAR EZQUERRA, J. Dir. Madrid, 2002. Pág. 15-39.

Sociedades, grupos de sociedades y Derecho Concursal en Alemania en "El concurso de sociedades en el Derecho Europeo". Monografías de la RcP. La Ley, 1/2004. Pág. 67-82.

La reforma del Derecho concursal italiano y del Derecho alemán (un apunte de Derecho comparado desde una perspectiva alemana). ADCo, Aranzadi. Nº 10/ 2007. Pág. 303-314.

El Derecho alemán. Una comedia de equivocaciones en Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar. CUENA CASAS, M. y COLINA MEDIAYILLA, J.L. coordinadores. Cizur Menor, 2009. Pág. 417-426.

Sobreendeudamiento y deberes en relación con la solicitud de apertura de concurso: Wronfulg Trading conforme al Derecho Alemán. RcP, La Ley, 12/2010. Pág. 383-395.

SEMENT MARTÍNEZ, S. El concurso de la persona física, en Tratado Judicial de la Insolvencia, PRENDES CARRIL, P. y MUÑOZ PAREDES, A. Directores. Cizur Menor 2012. Tomo I. Pág. 735-787.

Tasas judiciales y sistema de asistencia gratuita ex RDL 3/2013 de 22 de febrero. RcP. La Ley nº 19/2013. Pág.403-405.

SERRA, C. O Novo Regime Português da Insolvência – Uma Introdução (4.ª Edição), Almedina, Coimbra, 2010

SERRANO GÓMEZ, E., ANGUITA VILLANUEVA, L.A. y ORTEGA DOMENECH, J. Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física, en Familia y concurso de acreedores, CUENA CASAS, M., coordinadora, Cizur Menor, 2010. Pág. 23-95.

SIERRA FLORES DOÑA, M. Comentario al art. 100.2 en Comentario a la Legislación Concursal. PULGAR EZQUERRA, J. ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C. Y ALCOVER GARAU, G. coord. Madrid, 2004. Pág. 1009-1047

Propuestas de convenio concursal con contenido alternativo en Estudios sobre la Ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia. Tomo IV. Madrid, 2005. Pág. 4527-4550.

STELLA RICHTER, M., L'esdebitazione, en AA.VV., Diritto fallimentare, Milano, 2008. Pág. 1085-1091.

TAMAYO HAYA, S., El sobreendeudamiento de los consumidores, en El futuro de la protección jurídica de los consumidores. Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los consumidores. TOMILLO URBINA, J. director, ÁLVAREZ RUBIO, J. coordinador. Cizur Menor 2008. Pág. 346-375.

TIRADO, I. Los administradores concursales, Cizur Menor, 2005

Reflexiones sobre el concepto de interés concursal (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores), ADC, tomo LXII, Civitas, 2009, fasc. III. Pág. 1055-1108.

TRUJILLO DÍAZ, I.J., El sobreendeudamiento de los particulares, disponible en www.ecri.be/media/retail_finance-papers/Sobreendeudamiento-spanish-Trujillo.pdf.

El sobreendeudamiento de los consumidores. Granada, 2003

VALPUESTA GASTAMINZA, E. Conclusión y reapertura del concurso, en El Concurso de Acreedores. Adaptado a la Ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal. PULGAR EZQUERRA, J. Dir., Las Rozas, 2012. Pág. 603-640.

VARA PAZ, N. Comentario a los arts. 137 a 141 en Comentario a la Legislación Concursal. PULGAR EZQUERRA, J. ALONSO UREBA, A., ALONSO LEDESMA, C. Y ALCOVER GARAU, G. coord. Madrid, 2004. Pág. 1262-1286.

Cumplimiento e incumplimiento de convenio en Estudios sobre la Ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia. Tomo IV. Madrid, 2005. Pág. 4753-4780.

VELASCO SAN PEDRO, L. A. Comentario a los artículos 98 a 103, en Comentarios a la legislación concursal. SÁNCHEZ CALERO, J. Y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., directores. Tomo III. Valladolid, 2004. Pág. 2131-2192.

VEROUGSTRAETE, I., Manuel de la faillite et du concordat. Kluwer, 1998.

VICENT CHULIÁ, F., Compendio Crítico de Derecho Mercantil, II, Barcelona, 1990.

La Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, y la sociedad de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria. RcP. La Ley, nº 18/2013. Pág. 23-49.

VILARRUBIAS, F. La eficacia del convenio concursal en Estudios sobre la Ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia. Tomo IV. Madrid, 2005. Pág. 4781-4804.

VINEAU, V., BOURIN, G-X. Droit du surendettement des particuliers. París, 2007.

WARREN, E. The two income trap: why middle-class mothers and fathers are going broke. New Cork, Basic book 2003.

Financial collapse and class status: who goes bankrupt? (letwas lecture)
41. Osgoode Hall Law Review 115/2003.

WOLFHARD KOHTE, H. Las proyectadas modificaciones de la normativa concursal alemana sobre consumidores. RcP, La Ley nº 19/2013. Pág. 415-416.

YANES YANES, P., La reapertura de la quiebra, Valladolid 1992.

Comentarios a los artículos 178 y 179 en Comentarios a la legislación concursal SÁNCHEZ CALERO, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., directores. Tomo III. Valladolid, 2004. Pág. 2933-2956.

La suficiencia de masa como cuestionable presupuesto del concurso (Nota al auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, de 22 de febrero de 2007). RcP. La Ley núm. 7/2007. Pág. 167-176.

Liquidación societaria. Acreedores insatisfechos por carencia de activo y obligatoriedad de concurso de acreedores. (Un comentario a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de julio de 2012. RcP. La Ley, nº 18/2013. Pág. 231-242.

ZABALETA DÍAZ, M. La condonación de las deudas pendientes en el Derecho concursal alemán, en Estudios sobre la Ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia. Tomo I. Madrid, 2005. Pág. 885-915.

El principio de conservación de la empresa en la Ley concursal. Estudios de Derecho concursal. Cizur Menor, 2006.

ZAMBRANA MORAL, P., Derecho concursal histórico. Barcelona, 2001.